



Esta edición fue compartida por Zula y Díaz, directora de Utopía y Praxis Latinoamericana, para ser difundida a través de Deycrit-Sur Repositorio. Deycrit-Sur no posee ningún derecho sobre esta obra a excepción de la difusión de la misma. Si utiliza este material debe citar a sus autores/as y a la revista. Está estrictamente prohibido el uso comercial.

Puede acceder a toda la colección en la dirección:
<http://www.deycrit-sur.com/repositorio/archivoutopraxis.html>

Utopía y Praxis Latinoamericana

Dep. legal: ppi 201502ZU4650

*Esta publicación científica en formato digital
es continuidad de la revista impresa*
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555
Depósito legal pp 199602ZU720

Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social

Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela
Facultad de Ciencias Económicas y Sociales
Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos (CESA)



AÑO 23, n° EXTRA 1
INTERLOCUCIONES

DOSSIER: COLOMBIA EN PERSPECTIVA
CRIMINOLÓGICA

2 0 1 8



Utopía y Praxis Latinoamericana

Dep. legal: ppi 201502ZU4650

*Esta publicación científica en formato digital
es continuidad de la revista impresa*
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555
Depósito legal pp 199602ZU720

Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social

Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela
Facultad de Ciencias Económicas y Sociales
Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos (CESA)



AÑO 23, n° EXTRA 1

INTERLOCUCIONES

DOSSIER: COLOMBIA EN PERSPECTIVA
CRIMINOLÓGICA

2 0 1 8



Utopía y Praxis Latinoamericana nace como una respuesta a la situación de conflictividad política que atraviesa actualmente la democracia y la sociedad latinoamericana. Pero también nace como una respuesta comprometida con el análisis filosófico y la interpretación histórica de la cultura y las ciencias sociales frente a la crisis de la Modernidad. Respuesta que procura la creación de nuevos/as actores y escenarios a partir de los cuales se hagan posibles inéditas alternativas para la teoría crítica y el cambio social efectivo. Una respuesta en dos sentidos: la utópica porque todo proyecto existencial auténtico debe enmarcarse y definirse por el universo de sus valoraciones humanas; la práctica porque, a diferencia de la necesaria teoría, implica un tipo de acción cuyo movimiento es capaz de dialectizar la comprensión de la realidad, pero también de transformar a los sujetos que la constituyen. Con lo cual la noción de praxis nos conduce de retorno a la política, a la ética y, hoy día, a la ciencia y a la técnica. Es una respuesta desde América Latina, porque es a partir del ser y pensar latinoamericano que la praxis de nuestro proyecto utópico se hace realizable.

Utopía y Praxis Latinoamericana es una revista periódica, cuatrimestral, arbitrada e indexada a nivel nacional e internacional, editada por la Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela), adscrita al Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos (CESA) de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, y financiada por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES) de esta misma Universidad. Las áreas temáticas que definen el perfil de la revista están insertas en las siguientes líneas del pensamiento iberoamericano y latinoamericano: Filosofía Política Latinoamericana, Historia de las Ideas, Epistemología, Teorías y metodologías de las Ciencias Sociales, Antropología social, política y filosófica, Ética y pragmática, Filosofía y diálogo intercultural, Estudios de Género. Las sub-áreas respectivas a cada área general serán definidas por el Comité Editorial, con la ayuda de sus respectivos asesores nacionales e internacionales, a fin de establecer la pertinencia de los trabajos presentados.

Interlocuciones es la colección de Dosieres temáticos que presenta la revista internacional de Filosofía y Teoría Social Utopía y Praxis Latinoamericana a la comunidad internacional de investigadores/as de América Latina y otros continentes, comprometidos con la episteme inter y transdisciplinar del pensamiento crítico, alternativo, emancipador y decolonial. Los perfiles editoriales de esta colección son transversales entre las diversas disciplinas de las ciencias sociales lo que permite abordar cuestiones de relevancia que por su novedad requieren de una difusión entre redes de investigación internacionales. Su objetivo principal es publicar prácticas discursivas cónsonas con otra comprensión de las problemáticas actuales de la filosofía política y las ciencias sociales. A partir de experiencias emergentes que puedan transformar en su praxis las relaciones subjetivas de la convivencia que se desarrolla en el espacio público, el interés y propósito es homínizar el mundo de vida que sirve de sostenibilidad a la racionalidad del S. XXI. Saberes y epistemes radicalmente cuestionadoras que, en su presente actual y provenir posible, logren desconstruir los “puntos de apoyo” de la política de la Modernidad y generar otras relaciones de alteridad, perspectivas, vértices, encrucijadas y convergencias, que se encuentran implicadas en las dinámicas no lineales de la cultura y la Historia. Hoy día, en la era de la Globalización y las hegemonías tecno científicas, el valor político y trascendencia del sujeto vivo se encuentran en riesgo de fenecer. Las crisis del modo de producción y reproducción de los bienes materiales para satisfacer las contingencias de la vida, reclama la conciencia de un deber ser con suficiente fronesis para reescribir la otra Historia que pueda eliminar la aporía de sus propios fines...

Utopía y Praxis Latinoamericana es una publicación patrocinada por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad del Zulia (CONDES).

Utopía y Praxis Latinoamericana aparece indizada y/o catalogada electrónicamente en las siguientes bases de datos:

Serbiluz: <http://produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/utopia>

C-electrónico: utopia.praxis.latin@serbiluz.luz.edu.ve

Esta publicación cuenta con el apoyo editorial de *Corriente nuestra* desde Abajo y la Asociación para la difusión de la Investigación Descolonial (ADID) a través de su plataforma Deycrit-Sur.

Utilice también la dirección secundaria:

Deycrit-Sur: <http://utopia.deycritsur.cl>

- REVENCYT (Fundacite, Mérida)
- Ulrich's International Periodicals Directory (USA)
- Hand book of Latin American Studies (USA)
- Elektronische Zeitschriftenbibliothek (EZB, Alemania)
- The Philosopher's Index (USA)
- CLASE (México)
- FONACIT (Caracas, Venezuela)
- BASE (Alemania)
- LATINDEX (México)
- DIALNET (España)
- REDALyC (México) • REBIUN (España)
- Google Scholar
- Centro Virtual Cervantes (España)
- CEFILIBE (México)
- LECHUZA (Oviedo, España)
- Instituto de Información y Documentación en Ciencias Sociales y Humanidades (Madrid, España)
- Repertoire Bibliographique de la Philosophie (Louvain La Neuve, Belgique)
- CERCAL (Bélgica)
- RevistasLatinoamericanas.org
- MIAR.ub.edu/es
- OEI-CREDI (España)
- DOAJ (Directory of Open Acces Journals)
- Sistema de Biblioteca de la Universidad de Antioquia (Colombia)
- The Library of Congress (USA)
- EBSCO (México)
- Sociological Abstracts (USA)
- Reportorio de Ensayista y Filósofos Ibero e Iberoamericano (Athens, USA)
- REBIUN (España)
- r-Revistas (CSIC, España)
- ISI Thomson citation Index
- SCImago Journal & Country Rank
- Scopus
- Flacsoandes.edu.ec
- Cecies.org
- CETRI, Belgique
- Redib.org
- Academic Journal DATABASE
- Biblioteca de Filosofía Digital
- Citefactor.org
- Universia.org
- OALib Journal
- Qualis-Capes: B3 (Homologada)
- Publindex: A2 (Homologada)
- LatinREV
- OAJI.
- Deycrit-Sur
- WorldCat
- Zenodo.

Utopía y Praxis Latinoamericana

Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social
Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos (CESA)
Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.
Universidad del Zulia-Venezuela

Interlocuciones: Año: 23. n° Extra 1, 2018.

Colombia en perspectiva criminológica

Índice de Contenido

Editores Invitados

Germán Silva, Jaime Cubides
Jesús Caldera Ynfante

Presentación

Álvaro B. Márquez-Fernández
La alternativa de una paz democrática

8-9

ARTICULOS

Germán SILVA GARCÍA, Angélica VIZCAÍNO SOLANO, Gerardo RUIZ-RICO RUIZ

El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas / *The object of Study of Criminology and Its role in Latin American Societies*

11-31

Alejandro GÓMEZ JARAMILLO

Populismo, obediencia y divergencia / *Populism, Obedience and Divergence*

33-48

Manuel Fernando MOYA VARGAS

Sentido de justicia y proceso penal / *Sense of Justice and Criminal Procedure*

50-63

Bernardo PÉREZ-SALAZAR

Construcción de paz en el orden del derecho transnacional penal: El caso colombiano / *Peace Building in the Order of Transnational Criminal Law: The Colombian Case*

65-78

Carlos Andrés BERNAL CASTRO
Mutaciones de la criminalidad colombiana en la Era del Posconflicto / *Mutations of Colombian Criminality in the Post-Conflict Era*
.....80-95

Jorge Enrique CARVAJAL MARTÍNEZ
El paradigma de la seguridad y las tensiones con los derechos humanos / *The Paradigm of Security and Tensions with Human Rights*
.....97-110

Jorge RESTREPO FONTALVO
Feminizar a los hombres para prevenir la criminalidad / *Feminize Men to Prevent Crime*
.....112-129

Pablo Elías GONZÁLEZ MONGUI
Selectividad penal en la legislación para la Paz de Colombia / *Penal Selectivity in the Legislations for Peace of Colombia*
.....131-144

Rafael VELANDIA MONTES
Medios de comunicación y su influencia en la punitividad de la política penal colombiana / *Media and its Influence on the Punitiveness of Colombian Criminal Policy*
.....146-168

Ricardo Arturo ARIZA LÓPEZ
Los feos, los sucios, los malos: criminalización surrealista de los acontecimientos urbanos / *The Ugly, the Dirty, the Bad: Surrealist Criminalization of Urban Events*
.....170-178

LIBRARIUS

José Javier CAPERA FIGUEROA
Picarella, Lucia (2018). Democracia: evolución de un paradigma. Una comparación entre Europa y América Latina. Bogotá: Penguin Random House, Universidad Católica de Colombia, Università degli Studi di Salerno, 168, pp. ISBN 978-958-9219-53-9.
.....180-183

*Interlocuciones Dossier “Colombia en perspectiva criminológica”***Presentación: La alternativa de una paz democrática****Álvaro B. Márquez-Fernández, Ph.D.***Investigador Emérito
Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.*

Los comportamientos sociales se encuentran relacionados directamente con las prácticas sociopolíticas que sirven de génesis y desarrollo a la cultura ciudadana, y servirán de agente regulador para que el Estado cumpla su rol hegemónico.

Una sociedad en su compleja diversidad se organiza y constituye a través de espacios de poder y de interacción donde se condensan y proyectan las principales características que podrán incidir en la producción y apropiación del *sentido* con el que la ciudadanía asume las identidades de clases que hacen posible el reconocimiento del otro en su participación política.

La vida cotidiana del ser social de cada uno de los individuos del colectivo pasa indiscutiblemente por un proceso de construcción y representación de aquellos valores asociados a la justicia y a la equidad consagrados por el orden político para que todos en su mayoría, puedan obtener el disfrute de los bienes públicos en común necesarios para que la conflictividad inherente a los intereses de clase, logre sus mayores niveles de tolerancia o disuasión.

Al menos este es el ideal de la democracia, *lato sensu*, pues se trata de lograr equilibrios mínimos entre la ciudadanía y sus principales actores sociales respecto a las condiciones de convivencia que emergen no sólo de la obediencia a las normas legales, sino también de las que pueden ser resultado de prácticas axiológicas toda vez que se trata de legitimar el orden político instaurado que sirve de contexto al desarrollo progresivo de la sociedad en el tiempo.

La tarea que debe emprender el Estado en cuanto receptor y ejecutor de praxis democráticas que implican efectivamente el sostenimiento del sistema político, por medio de la participación de la ciudadanía en la gestión de sus políticas públicas, requiere que éste disponga de procesos de integración social con capacidad de convocatoria para que la participación ciudadana sea colaborativa y comprometida en el logro del Estado de bienestar al que se aspira.

Al respecto, uno de los objetivos a cumplir para el logro de una convivencia capaz de neutralizar las contradicciones que suscita la conflictividad social y las diversas causas que la generan, es la supresión de la violencia como expresión y compulsión de la fuerza que en modo alguno debe convertirse en principio de control social por parte del Estado. Es obvio que el Estado posee las competencias normativas para gerenciar la fuerza directa o indirecta en el ámbito de la vida pública, pero se trata de señalar y a la vez cuestionar, que quizás no es esta efectividad de su fuerza la que puede caracterizarlo como un Estado democrático.

El correlato político entre Estado y vida ciudadana debería estar asociado por una cultura del deber ser cuyo *desiderátum* es el de la paz. Así lo entendía el idealismo kantiano: el deber a la convivencia es actuar en concordia desde una moral pública. Por lo tanto, el Estado moderno se vale del Derecho para poder avanzar es esa intención de fraguar un sistema de normas donde la coexistencia de la ciudadanía siempre opte por el bien que le procura la obediencia a la ley que dota del *sentido* de justicia y equidad a todos los registros de la vida pública.

Lamentablemente, los principios universales del idealismo, en poco o nada, se vinculan con la realidad fáctica del ejercicio del poder que sirve de fundamento a la política del Estado. El esfuerzo retórico por interpretar los medios y fines de las normas respecto al *bien común* que todos se merecen pasar por una permanente recomposición del *status* de los derechos que se les consagran a los ciudadanos en su condición, incluso, de seres humanos. Dista de la realidad práctica y concreta, la aplicación suficiente de normas y

leyes donde se reconozca la presencia pacifista del Estado en los espacios del hábitat ciudadana pública y popular.

Los severos problemas que han ocasionado los procesos excluyentes de la producción y el consumo del Estado neoliberal han acentuado sus insuficiencias y contradicciones y su incapacidad para responder a la anomia del orden social, que lo transforma cada vez más en un sistema coactivo y punitivo. Se radicaliza su función represora y se pierde el horizonte del consenso como instancia de mediación que tiene la ciudadanía para desarrollar sus prácticas deliberativas. Es casi inevitable la situación de crisis por la que atraviesa este tipo de Estado que cada vez más, coloca en riesgo de pérdida la paz cívica. Se precipitan en el espacio público fuerzas adversas que reaccionan con intolerancia a las normas y terminan muchas veces por rebasarlo a causa de su ausencia de los escenarios donde se trama la conflictividad de realidad, porque también él termina al servicio de estrategias o alianza de clases hegemónicas enquistadas en el poder.

En el marco de estas reflexiones presentamos al público lector de este primer dossier especial de *Utopía y Praxis Latinoamericana*, a un granado grupo de investigadores de la Universidad Católica de Bogotá estudiosos de la criminología de nuestro continente, quienes comparten los resultados de sus diversos proyectos de investigación y tratan la importancia teórica, metodológica y epistemológica de esta ciencia para la comprensión, evaluación y alternativas de cambio que debe darse en la estructura policlasista del Estado en América Latina, destacando, sobre todo, las particularidades de la sociedad y el Estado colombiano.

Unos resultados que van a contribuir con toda pertinencia al acervo científico que se debe incrementar en las ciencias sociales de América Latina, con la finalidad de participar en el análisis y diagnóstico, de forma y de fondo, que requieren los ingentes problemas que se viven en nuestras regiones. La riqueza del sugestivo trabajo intelectual que han desarrollado los investigadores invitados es de mérito puesto que se han colocado varios puntos sobre las íes al modelo positivista e ideológico que ha prevalecido en la concepción del derecho y su aplicación en la resolución de la conflictividad social. Los diversos temas de estudio propuestos, cruzan con todo éxito las fronteras disciplinares de la criminología y logran tejer otros objetos de estudios en sincronía con una de sus categorías más emblemáticas: "punitividad", desde el derecho penal, populismo, seguridad, postconflicto, violencia de género, criminalización, hasta los medios de comunicación. Una traza epistémica que se remarca y se articula en todos los artículos, para fortalecer con creces a la comunidad de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Bogotá, que asume en el escenario internacional el reto de la investigación crítica.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.11-31
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas

The Object of Study of Criminology and its Role in Latin American Societies

Germán SILVA GARCÍA

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3972-823X>

gsilva@ucatolica.edu.co

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Angélica VIZCAÍNO SOLANO

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8615-489X>

lavizcaino@ucatolica.edu.co

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Gerardo RUIZ-RICO RUIZ

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5505-2591>

gruiz@ujaen.es

Universidad de Jaén, España

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1772235>

RESUMEN

Definir el objeto de estudio de la criminología plantea importantes desafíos teóricos y epistemológicos. Para presentar esta discusión, se esboza el contexto de la criminología dentro de la ciencia en general, y luego ofrecemos una breve reseña histórica de diferentes perspectivas criminológicas actuales. Luego son examinadas las diversas rutas disponibles para desarrollar el objeto de estudio de la criminología. En este proceso de construcción teórica, varias tesis resaltan la complejidad sustancial del problema. Concluimos reflexionando sobre el papel del objeto de estudio de la criminología en el contexto actual de América Latina.

Palabras clave: Criminología; diversidad social; objeto de estudio; sociología jurídica.

ABSTRACT

Defining the object of study of criminology poses significant theoretical and epistemological challenges. To introduce this discussion, we outline the context of criminology within science in general, and then offer a brief historical review of different present day criminological perspectives. We then examine the various routes available to develop the object of study of criminology. In this process of theoretical construction, several theses highlight the substantial complexity of the issue. We conclude reflecting about the role of criminology's object of study in the present context of Latin America.

Keywords: Criminology, social divergence, object of study, sociology of law.

Recibido: 20-06-2018 • Aceptado: 18-07-2018



Utopía y Praxis Latinoamericana publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported (CC BY-NC-SA 3.0). Para más información diríjase a https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/deed.es_ES

INTRODUCCIÓN

Toda disciplina o ciencia debe tener un objeto de estudio, esto es, una materia o campo particular o singular a cuyo conocimiento está aplicada. El objeto de estudio es, entonces, a lo que se dedica. En el caso de la criminología, que corresponde a una subespecialidad de una ciencia social, cual es la sociología (Sutherland & Cressey: 1955), el proceso de conocimiento implica describir, relacionar, identificar, comprender e interpretar los fenómenos o componentes que integran el campo. Esto, pese a algunas voces marginales contrarias a la adscripción de la criminología a la sociología (Elbert: 2013; Restrepo Fontalvo: 2014). En pocas palabras, el objeto de estudio es lo que provee de sentido y razón de ser a una disciplina, es su campo de trabajo. Por esto es, como resulta bastante obvio, una cuestión fundamental e indispensable, tanto para poder hablar de la presencia de una ciencia, como para no estar del todo perdidos en el escenario del trabajo científico. Lo anterior, pues es de común y general aceptación la idea de que una ciencia puede configurarse como tal sólo en tanto disponga de un método, una teoría y un objeto de conocimiento, siendo su objeto único y exclusivo (Brown et al.: 2001; Akers: 1997).

Desde luego, a lo largo de la historia, desde el siglo XIX hasta nuestros días, ese objeto de conocimiento ha girado en torno a cuestiones como la criminalidad, los individuos partícipes en la comisión de infracciones a la ley penal, las reacciones o respuestas de las instituciones estatales y de la sociedad frente al delito, las formas en que las agencias del control social, en particular penales, se organizan para combatir o neutralizar la criminalidad y las políticas que orientan a tales estructuras. Sin embargo, desde su fundación son múltiples las polémicas sobre el objeto de estudio de la criminología, paralelas a los desacuerdos teóricos sobre este punto, por lo que la disciplina ha estado rodeada de una enorme inestabilidad.

Cosa muy distinta a lo que ocurre con otras disciplinas. Por ejemplo, de la medicina nadie parece discutir que la salud y, su opuesto, las enfermedades sean su objeto de interés. Como tampoco en el caso del Derecho, para poner otro ejemplo, habría dudas, pues de modo general se acepta que está dedicado al estudio de las normas jurídicas y, si se quiere, de las instituciones que derivan de ellas, para descifrar la manera como ellas deben ser provistas de sentido, interpretadas y aplicadas. Y en ambos casos, tal vez en algún grado producto de esa afinidad corriente en torno a su objeto, ha habido un avance bastante notable del conocimiento en cada uno de esos campos, al punto que han logrado un extraordinario desarrollo de sus especialidades. E, incluso, en un ámbito todavía más próximo, esto es, en el plano general de la sociología jurídica, aun cuando afloraron algunos debates, en un grado muy alto existe hoy un acuerdo general sobre su objeto y naturaleza (Carvajal Martínez: 2016).

En cambio, para la criminología no ha sido nada fácil definir de modo preciso su objeto de estudio. Por esto, en verdad, muchas veces parece naufragar sin encontrar un norte nítido hacia el cual avanzar. Casi desde sus comienzos, pero en especial desde las décadas de los años 70 y 80 del siglo XX, emergieron toda clase de enconados debates acerca de su objeto de conocimiento¹. De allí, que las tareas que debe cumplir no sean para nada claras. Desde luego, la criminología no ha podido desarrollarse cabalmente puesto que no ha resuelto la asignatura pendiente de esclarecer de modo contundente su objeto de estudio.

De allí que, a continuación, este trabajo empeñe sus esfuerzos principales en describir el problema epistemológico esencial que ha acompañado a la criminología al deambular sin un objeto de conocimiento claro y preciso que haya ganado un cierto consenso, mostrar la complejidad que envuelve el problema teórico anterior y, finalmente, plantear una respuesta o alternativa al problema planteado. Ahora, las tesis que van a defenderse con referencia al objeto de estudio de la criminología deberán ser confrontadas con las necesidades de América Latina, a fin de indagar sobre el papel que puede cumplir ese objeto en el continente.

¹ Esto aparece reflejado en, prácticamente, todas las teorías criminológicas, lo que hace imposible, además de innecesario, citarlas. El lector puede remitirse a cualquiera o a todas ellas.

2. UNA HISTORIA COMPLICADA

Uno de los problemas que hace bastante compleja la disputa sobre el objeto de conocimiento de la criminología obedece a que, en términos históricos, resulta imposible hablar de una sola o única criminología. En realidad, ha habido y aún hay muchas criminologías. La criminología nació en el siglo XIX asociada principalmente a la antropología física, luego trasegó con intensidad por la biología, pero también estuvo comprometida por la geografía física, la psicología, la sociología, la ecología, la medicina, la ciencia política y la economía. Inclusive, por años fue percibido como un fenómeno vinculado a la peligrosidad (Bernal Castro: 2013) y la anormalidad, algo impensable hoy. Tal disparidad de disciplinas promotoras explica en una parte los litigios acerca de su objeto. La situación expuesta involucra a ciencias con una naturaleza muy diversa, lo que suponía entendimientos opuestos sobre los componentes que atraían el estudio de la disciplina.

A lo anterior pueden agregarse las múltiples teorías, con perspectivas distintas y enfrentadas, que dentro de cada vertiente disciplinar hay sobre la manera de enfocar o entender el objeto de conocimiento. Por ejemplo, en el terreno de la sociología, es muy diferente la manera como es visualizado el objeto de conocimiento de la criminología para las teorías que tienen sus raíces en la escuela estructural/funcionalista frente a aquellas que beben en las fuentes de las teorías sociológicas conflictualistas (Parsons: 1984; Merton: 1992; Dahrendorf: 1966; Vold: 1967).

Empero, en lo que concierne a los diferentes orígenes y fuentes disciplinares de la criminología, aunque todavía no existe un acuerdo generalizado, menos absoluto, es claro que de manera más o menos mayoritaria, en especial entre los autores más sobresalientes, sobre todo, en los contextos de Europa y América Latina, se ha impuesto la idea de que la criminología es una especie penal de la sociología jurídica, por lo que se trataría de una subespecialidad de la sociología (Ferrari: 1997; Baratta: 1986).

Desde luego, la anterior conclusión no puede derivar de la conformidad o del beneplácito de determinados autores o de las comunidades académicas, debe proceder de la naturaleza de su objeto de estudio. Es decir, su objeto de conocimiento también es relevante para determinar la ubicación de la criminología dentro del concierto de las ciencias. Y aunque el examen de la naturaleza de su objeto de interés exige primero identificar ese objeto, cosa que se hará en el apartado siguiente, puede ahora adelantarse que tratándose de un objeto que posee con específicas particularidades una naturaleza social, que versa acerca de las relaciones sociales, o la manera cómo interactúan los integrantes de la sociedad entre sí, lo mismo que sobre la forma como tales relaciones están mediadas por instituciones, igualmente sociales, es que se arriba al corolario de que pertenece al ámbito de las ciencias sociales. Y dentro del espectro de las ciencias sociales aparece en la órbita de la sociología, puesto que todas las cuestiones que fueron mencionadas en el apartado anterior (criminalidad, infractores, reacciones penales de la sociedad y del Estado, organización de las agencias penales y políticas penales), como aquellas a las que generalmente se ha dedicado la criminología, son materias que de manera prevalente pertenecen a la sociología, que no a otras ciencias sociales.

No significa lo anterior que, eventualmente, no haya comportamientos de interés penal, perseguidos o sancionados como delitos o tratados como casos de inimputabilidad susceptibles de la aplicación de medidas de seguridad, que puedan obedecer a trastornos de la personalidad, enfermedades o, inclusive condiciones biológicas. No obstante, por regla general las acciones que son definidas como crímenes son sociales, por ende, normales, producto de actos ejecutadas por personas dueñas de su consciencia y voluntad. Cuando se trate de conductas derivadas de condiciones patológicas, que ciertamente no son las mayoritarias, no tendremos criminología, sino psicología, psiquiatría, medicina y/o biología, según el caso. En cambio, frente a los trastornos del comportamiento asociados a consumos abusivos de sustancias psicoactivas cuyo tratamiento claramente corresponde a esferas distintas a la penal, pero que instrumentos internacionales imponen su persecución penal, no cabe duda que los daños asociadas a las prohibiciones impuestas por

esta clase instrumentos y sus efectos sobre los derechos humanos también pertenecen al campo de interés de la criminología (Tirado Acero, Vizcaino Solano & Pérez-Salazar: 2016).

Con la anterior explicación debe ponerse en evidencia que la naturaleza de la disciplina, su pertenencia disciplinar, tiene una influencia marcada sobre la definición de su objeto de estudio. Esto puede ser reafirmado al examinar dos cuestiones adicionales enseguida:

La primera de ellas es que todas las teorías criminológicas, de los más diversos orígenes disciplinares, han indagado sobre dos grandes componentes que, ahora, de manera suscita y del modo más general posible, pueden ser descritas como las conductas que transgreden la ley penal y las respuestas punitivas a esas infracciones. En ocasiones, determinadas teorías, desde ciertas perspectivas disciplinares, se han ocupado de los dos componentes, en otras ocasiones, apenas, de sólo uno de ellos. Respecto del primer componente, esas conductas han sido definidas e interpretadas de muy distintas formas, como criminalidad, estados antisociales, peligrosidad, desviación, hechos dañinos, conflictos sociales, divergencia social, etc. Pero, con independencia de la manera como son nominadas, lo cierto es que se trata de actuaciones sociales, en las que los individuos se relacionan con otros y, aun cuando esas actuaciones tengan particulares connotaciones penales, es la sociología la ciencia que las estudia. A su vez, el segundo componente puede haber sido descrito y entendido de distintas maneras, como justicia penal, control social penal, control social formal e informal, reacciones penales, pero siempre comprende la manera como la sociedad en general, o ese importante componente de la sociedad que es el Estado, el cual vela por la organización de la vida social, procuran neutralizar esas actuaciones con implicaciones penales a las que se acaba de aludir, siendo que del estudio de las estructuras o instituciones sociales y de la manera como ellas operan trata la sociología. En conclusión, al ser las actuaciones sociales y las estructuras sociales, expresiones de la vida en sociedad, pertenecen a la sociología, que es la ciencia que estudia la sociedad.

La segunda cuestión tiene que ver con la perspectiva para abordar los dos componentes que han sido mencionados (acciones y estructuras sociales). Muchas disciplinas pueden estudiar las conductas que derivan en asuntos de índole penal, o la operación de las instituciones penales, sin embargo, lo hacen con ángulos y lentes de observación muy variados. Así, por ejemplo, si la visión de tales componentes presupone que dichos comportamientos pueden ser explicados o interpretados como manifestación de situaciones de anormalidad, patologías, impulsos de agresividad o condiciones naturales de las que son portadoras las personas, pues será bienvenida la psiquiatría, la psicología clínica, la antropología física, la medicina y la biología. Empero, si tales opciones se desprenden de planteamientos que no pocas veces son falacias sin sustento o, en el mejor de los casos, sirven para examinar un número exiguo de conductas humanas con implicaciones penales, su valor no será muy relevante. Y, al contrario, si es aceptado que las actuaciones y las reacciones sociales de índole penal son fenómenos sociales, normales, gestados o producidos por la vida en sociedad, pues ellos pertenecerán de pleno a las ciencias sociales. Ya dentro de las ciencias sociales, aunque de manera secundaria la antropología social, la geografía social, la psicología social y la ciencia política podrán prestar apoyos de alguna importancia y, así mismo, aun cuando entre los estudios de economía y derecho y, por otra parte, sociología jurídica, hay notables coincidencias, lo cierto es que entre todas las ciencias sociales es la sociología la que en forma central trata del estudio de la sociedad, a cuyo contenido por ser expresiones de la vida social pertenecen las actuaciones o acciones sociales y las reacciones sociales o respuestas del control social, con o sin imbricaciones penales.

Un conjunto de consecuencias derivadas de lo expuesto, relacionadas en forma directa con el objeto de estudio de la criminología, es que la disciplina no va a ocuparse de las características morfológicas de las personas, de la influencia del clima, de su composición genética, de las glándulas endocrinas, de los niveles de consumo de grasas, de la acción de ciertas enzimas, de los impulsos motivados por el subconsciente, de la personalidad psicótica, de los instintos de agresividad, de los complejos de la personalidad, del condicionamiento de la conducta por estímulos, etc., salvo con la única salvedad de realizar una historia crítica de la disciplina. Así mismo, las especulaciones sin fundamento y las profecías mágicas sobre los

comportamientos futuros de las personas, disfrazadas de pronósticos científicos, serán parte del objeto de conocimiento, únicamente, a fin de discutirlos, como en efecto se ha hecho (Velandia Montes: 2103). Porque una carga adicional que tiene la criminología en su objeto es el estudio crítico de las teorías que deben ser confrontadas.

La criminología, en tanto subespecialidad de la sociología, deberá atender las dos grandes propiedades que son estudiadas por la ciencia matriz, esto es, en primer término, las acciones sociales o relaciones de interacción social y, en segundo lugar, las estructuras o instituciones sociales que organizan la vida en sociedad. Lo anterior, porque en el ámbito de cualquier ciencia, sus especialidades o subespecialidades se dedican exactamente a lo mismo que la ciencia de la cual se desprenden. Empero, aunque comparten el mismo objeto de la ciencia matriz a la cual pertenecen, se diferencian de ella en que toman solamente una determinada faceta o expresión de ese objeto, es decir, como lo ilustra el mismo nombre que adoptan, estudian de modo especializado e, incluso, subespecializado, una parte delimitada de ese objeto de estudio, lo que supone una labor profunda y pormenorizada. En esos términos, las especialidades y subespecialidades científicas deben desarrollar los conocimientos plasmados, de manera bastante más general, en la ciencia principal de la que emergen. Es más, resulta indispensable señalar que las especialidades y subespecialidades de una ciencia al tomar un aspecto singular del objeto de estudio de la ciencia mayor, también se apropian de una especificidad contenida en ese aspecto, que los va a diferenciar de otras especialidades o subespecialidades y va a proveer de identidad epistemológica a la especialidad o subespecialidad.

Una acción social es un comportamiento que tiene un sentido significativo para otros, razón por la cual es social (Weber: 1992). Las estructuras sociales son los grandes componentes institucionales que organizan la vida social, lo que supone definir y adoptar pautas repetidas para que los actores puedan relacionarse. Pero como se verá más adelante, en el apartado siguiente, no todas las acciones sociales, ni todas las estructuras sociales, pueden ser de interés para la criminología, sólo podrían serlo aquellas acciones definidas como de interés penal que convocan o pueden llegar a convocar la atención de las estructuras también de índole penal. Entonces, lo penal será el elemento propio y diferenciador, que por sus conexiones con el derecho de esa idiosincrasia revela su vínculo con la sociología jurídica.

En resumen, de modo general, la criminología se dedica al estudio de las acciones sociales y, así mismo, al estudio de las estructuras sociales. Pero como ese es el objeto de conocimiento de la sociología, debe haber una especificidad que la diferencie de la ciencia mayor, debe comparecer un aspecto que la convierta en especialidad o subespecialidad de la sociología y la distinga de otras especialidades de ella, y esa especificidad estará dada por las connotaciones penales de las acciones sociales y de las estructuras sociales que son tomadas como objeto de conocimiento. Con todo, en este estado, aún estamos muy lejos de resolver el problema del objeto de estudio de la criminología, puesto que todavía estaría pendiente de desentrañar cuál es la naturaleza, identidad particular, características, atributos y propiedades de esas acciones sociales y estructuras sociales con acento penal para que la criminología pueda apropiarse de ellas. Punto en el que abundan las polémicas y diferencias, puesto que identificar a lo penal como la especificidad no resuelve el problema. A esa tarea estará dedicado el próximo apartado.

También debe ser claro que la criminología o sociología jurídica penal, como prácticamente todas las disciplinas interesadas en afinar su potencialidad para conocer su objeto de estudio, adopta una visión interdisciplinaria. La interdisciplinariedad es una invitación al trabajo entre disciplinas, aprovechando los paradigmas, teorías, enfoques y trayectorias investigativas de diferentes ciencias, para enriquecer el abordaje de un objeto de conocimiento. Eso no supone que el objeto de estudio se desdibuje, por cuanto cada objeto de conocimiento conserva una especificidad, esto es, un núcleo único y exclusivo que lo conecta de manera estrecha a una ciencia en particular, mientras que escapa al interés de otras disciplinas.

Con todo, lo que realmente resulta relevante, y se verá en detalle en el apartado siguiente, es que pese a que la criminología es una especialidad de la sociología jurídica, la discusión del objeto de estudio de la

criminología ha alcanzado aspectos representativos de interesantes problemáticas, que por las particularidades y retos que enfrentaba la especialidad penal pudieron ser descubiertos y observados, pero que en cambio no fueron percibidos en el escenario general de la sociología jurídica. Incluso, cuando en el siguiente apartado de este escrito se aborde el planteo de alternativas podrá verse que, la situación singular de la criminología, permitió observar errores de la misma sociología general. Todo esto aumenta de manera exponencial la discusión sobre el objeto de estudio, pues del debate sobre el objeto de la sociología jurídica penal o criminología, habrá de terminarse por discutir, marchando de lo particular a lo general, sobre el objeto de estudio de la sociología jurídica y, luego, sobre el de la sociología general. Lo anterior denota, igualmente, la enorme complejidad de la discusión que se plantea.

3. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En sus inicios históricos la criminología escogió como objeto de estudio, haciendo además honor a su nombre, a la criminalidad y a los criminales². Sería, entonces, una ciencia del comportamiento que tendría por propósito examinar las causas de la conducta criminal. Pero, además, como quiera que la ocurrencia del delito a fines del siglo XIX, también durante buena parte del XX e, incluso, entre algunos en pleno siglo XXI, era atribuida a rasgos o características de las personas, pues la disciplina habría de ocuparse también del estudio de los criminales (Lombroso: 1897; Ferri: 1933). Todavía hoy, aunque sin duda son auténticos anacronismos, existen autores que señalan como destino de la criminología el estudio de los criminales (Ortiz Ortiz: 2014).

Entonces, la primera hipótesis para identificar el tipo de acciones sociales a cargo de la criminología aparecía referida a la criminalidad. Esto, a su vez, condujo a discutir qué debía ser considerado como criminalidad, punto en el que surgieron numerosas diferencias.

Frente al planteamiento anterior, aun cuando ya habían sido introducidas varias voces críticas, resultó de un impacto abrumador el análisis de Howard S. Becker, quien advirtió que no existían comportamientos que fueran criminales, es decir, que tuvieran esa naturaleza, puesto que el etiquetar la conducta de un individuo como criminal era resultado de una definición política (Becker: 1971). Significaba lo anterior que no había comportamientos que fueran ontológicamente criminales, es decir, que poseyeran una cualidad esencial que los hiciera ciertamente criminales. Por ende, no habría tampoco individuos predestinados al delito por alguna condición biológica, antropológica, psicológica, médica o social. La criminalidad, de acuerdo con Becker, surgiría del proceso de criminalización, entendido como aquel mediante el cual determinados comportamientos y sujetos serían seleccionados para ser definidos como criminales, por quien tiene el poder para hacer esas definiciones, de acuerdo con criterios políticos, sociales, económicos y culturales.

Ideas antecedidas por las observaciones de Frank Tannenbaum, quien indicó que una acción era definida como criminal sólo cuando un grupo hacía una "dramatización del mal" para endilgarle esa condición a otro grupo o conducta, dentro del contexto de un conflicto (Tannenbaum: 1938). Lo que fue complementado por las ideas de George B. Vold, para quien un grupo criminaliza a otro a fin de hacer valer sus intereses, propósito con el cual utiliza la ley penal (Vold: 1967). Adicionado también por lo acotado por Austin T. Turk, que percibía a la criminalidad como resultado de un acto de poder en el que se adscribía esa condición a ciertas actuaciones y el *status* de criminales a sus actores, previa reducción a un estado de ilegitimidad, puesto que como decía Turk la criminalidad no es una conducta sino una definición (Turk: 1972).

De acuerdo con lo anterior las acciones sociales, cuyo estudio corresponde a la criminología, no pueden ser representadas en la idea de criminalidad. La criminalidad es además una calificación, que emerge de un juicio de valor, es decir, es subjetiva y en esencia prescriptiva. Mientras que las acciones sociales son

² En sus comienzos la disciplina fue conocida con el mote de "antropología criminal", pero con la obra de Raffaele Garofalo de 1885, titulada *Criminología*, adoptó ese nombre, que en poco tiempo se popularizó.

entidades empíricas, que pueden ser constatadas o verificadas en su ocurrencia, ya que son objetivas y poseen una esencia descriptiva. Por tanto, tienen una naturaleza totalmente diversa, no pudiendo la segunda ser una expresión específica de la primera.

En consecuencia, la criminalidad, entendida ella como una definición política y jurídica, haría parte del segundo componente de la criminología, o sea, de las pautas comprendidas en las estructuras sociales. Sobre ese segundo componente existe un acuerdo, más o menos general, en cuanto a que la estructura social de índole penal es, por excelencia, el control social penal. La definición como criminal de determinados sujetos y acciones sería una manifestación de la operación del control penal. Entonces, volveremos a examinar la categoría de criminal cuando lleguemos al examen del control social penal, ya que aún no han sido resueltos los interrogantes sobre el tipo particular de acciones sociales que deben ser estudiadas.

A ese último respecto, además de la idea de criminalidad, la segunda categoría más importante para abarcar los hechos o acciones sociales de interés penal, que fuera introducida por la sociología general, es la de desviación social. Desviada es la tendencia motivada a comportarse en contravención con una o más pautas normativas, que amerita una sanción (Parsons: 1984). Sin embargo, aun cuando tal concepto pretende presentarse como descriptivo, sin la menor duda, es prescriptivo, puesto que el referente de lo desviado se encuentra en la norma. Por tanto, lo desviado es producto de una decisión subjetiva, consignada en una norma, de prohibir ciertos comportamientos, no es una acción social de raigambre objetiva. En esos términos, es una categoría inútil para el propósito planteado de ilustrar el tipo de acciones sociales que harían parte del objeto de estudio de la criminología.

Así mismo, también concurren un conjunto de críticas que reprueban la noción de desviación social. Tales críticas, de modo principal y sucinto son: reduce el problema o conflicto social a una contradicción entre una conducta y una norma, lo que es demasiado superficial, pues nada dice de las razones que subyacen a la conducta y al mandato normativo, es decir, de los intereses e ideologías concurrentes; en forma anticipada plantea que existe para la acción una dirección correcta y normal, contemplada en la norma, opuesta a la desviada que siempre sería incorrecta; considera que el mandato normativo es siempre legítimo, lo que la historia ha demostrado que no aplica siempre al Derecho, haciendo culto al formalismo jurídico; desaparece a la otra parte en la situación de interacción social, cuyo derecho es protegido por la norma o que la alega a su favor; no introduce ningún elemento que permita comprender por qué alguien actúa en forma desviada o conformista; supone que los conformistas son la mayoría y que la norma los representa, además de los cual son coherentes frente a la desviación o el conformismo, lo que es equivocado; es muy peyorativa, estigmatizadora de la conducta y del actor que la ejecuta; cuando una persona es inocente de una imputación penal, pero es declarada culpable por la autoridad judicial sería desviada, pero como es inocente del cargo no es desviada, con lo que se estarían predicando dos cosas distintas sobre un mismo respecto (Silva García: 2012). Así mismo, niega toda posibilidad de pluralismo normativo y valorativo (Rinaldi: 2009).

De conformidad con la anterior, la acepción desviación social no es la categoría más apropiada para entender las acciones sociales como componente del objeto de estudio de la criminología. Sin embargo, esto no implica que la noción de desviación social sea inútil y deba ser despreciada. Ella conserva una importancia destacada en distintos planos. En primer término, en el escenario de la realidad social, es claro que muchas veces en un conflicto social la conducta del otro será vista como desviada por quien es afectado por ella. También en el contexto de la realidad social, para los agentes del Estado, titular de las normas que se espera sean obedecidas, las acciones que las afecten probablemente serán vistas como desviadas. Ambas situaciones son tan relevantes como es importante no olvidar la importancia de los juicios de valor, de la trascendencia de lo subjetivo, puesto que esto va a incidir en la dinámica del conflicto social y en el despliegue de las intervenciones del control social penal. En tercer lugar, numerosos autores, de diversas corrientes sociológicas, como el interaccionismo simbólico, la etnometodología, el conflictualismo liberal y marxista, junto a la criminología crítica, tenían bastante claro con diferentes matices que muchas de las definiciones imperantes sobre la criminalidad y la desviación social, que tenían distintas versiones, obedecían a procesos

de construcción social de la realidad (Bernal Castro & Moya Vargas: 2017; Moya Vargas: 2017; Gómez Jaramillo & Silva García: 2015; Silva García: 2011a). En ese sentido, la fenomenología, en cuyas fuentes han bebido muchos autores de diferentes escuelas, ha develado que la desviación social es una construcción subjetiva, que no corresponde a la realidad objetiva, edificada a partir de interpretaciones, de percepciones, de definiciones, del uso del lenguaje, de fórmulas típicas, de estigmas, de las intervenciones de los medios de comunicación, a veces, con la ayuda de imágenes.

Entonces, en ese ámbito teórico, las desviaciones sociales corresponden a construcciones sociales sobre la "realidad" de los conflictos de interés penal. Y esas construcciones sociales deben ser objeto de estudio e investigación. Es decir, el investigador debe indagar acerca de los imaginarios, las opiniones, entendimientos y representaciones que, como desviaciones sociales, tienen los académicos, los miembros de las agencias estatales del control social penal, y las partes involucradas en los conflictos sociales, puesto que esos imaginarios influyen en los saberes de la criminología, en las políticas y acciones de control penal y en la dinámica del conflicto mismo. En esos términos, que no en otros, es que la desviación social debe ser estudiada y haría parte del objeto de la criminología.

Los temas álgidos de la criminalidad y de la desviación desataron preguntas entre los criminólogos o sociólogos del derecho penal que no se plantearon nunca los sociólogos jurídicos que trabajaban con otras ramas del Derecho. Por ello todo este debate permaneció ausente en la sociología jurídica no penal. La razón es que los sociólogos del derecho nunca tuvieron que lidiar con un concepto tan cuestionable como el de criminalidad, cuando se trataba de referirse a las acciones sociales, lo cual anego su capacidad crítica. El ilícito o la infracción civil, laboral o administrativa eran sus referentes y, la mayoría de las veces, los nominaron como desviaciones sociales, siendo que en todos los casos usaban categorías prescriptivas, originas en juicios de valor, con una índole subjetiva. El punto es que los sociólogos del derecho dedicados a otras subespecialidades ni siquiera se interrogaron sobre cómo llamar a las acciones sociales de relevancia jurídica que debían estudiar. Aun cuando de tiempo atrás tenían muy claro que ellas debían ser estudiadas (Carbonnier: 1997).

Para los criminólogos, en primer lugar, fue la necesidad de buscar una categoría descriptiva, que sustituyera la voz criminalidad, que representara el tipo particular de acciones sociales objeto de interés para la criminología. Y, en esa dirección, el primer paso fue plantear la necesidad de redefinir lo criminal o el delito (léase las acciones sociales de relevancia criminológica, es decir, como acción social, no como noción jurídica), pues muchos autores apreciaban que sin resolver ese problema fundamental la criminología no podía avanzar de manera sólida (Robert: 1992; Zaitch & Sagarduy: 1992).

Sin embargo, aunque Robert, Zaitch y Sagarduy tenían razón en la necesidad de encontrar una categoría teórica que describiera y permitiera interpretar las acciones de interés para la criminología, el lastre que significaba el término criminalidad a ese propósito no podía ser resuelto dándole una connotación sociológica a una acepción (criminalidad) que tiene un origen jurídico, pues emerge como una consecuencia de una decisión que acompaña a las intervenciones penales.

La necesidad anterior no fue bien entendida, pese a que el problema era diagnosticado en forma adecuada. Por ello, García-Pablos de Molina (1988), sobre la base de creer que no podía la criminología introducir un concepto objetivo y autónomo que prescindiera de las valoraciones legales, planteó que la voz criminalidad tendría, a la vez, una significación social, objetiva o material para la criminología, y otra formal y jurídica para el derecho penal. Empero, semejante duplicidad sólo podía inducir una gran confusión, además resultaba incoherente usar una categoría prescriptiva como descriptiva y, finalmente, no era imposible introducir un concepto material para referirse, no al delito que era el error de base, sino a las acciones sociales de interés penal.

Explicado así, era claro que debía disponerse de una categoría que describiera y representara como entidad objetiva, empíricamente verificable, a las acciones sociales de interés penal, que devienen en conflictos sociales. En ese sentido se propone la categoría de divergencia social, la cual se origina en la

geometría y ha sido adoptada a la sociología, de modo particular a la criminología (Silva García: 2011b; 2000a; 1999; 1996). Enseguida se hará una presentación breve y sintética de ella, así: La divergencia social emerge en lo que se ha denominado el *punto de encuentro*, que es el punto de partida de las relaciones de interacción social, a las que comparecen los sujetos sociales, grupos o individuos, siendo portadores de roles sociales, una posición de *status* particular, cierto poder, expectativas de rol, procesos de socialización previos, intereses e ideologías, saberes compartidos, una personalidad; en un entorno que está acompañado por una definición de la situación que describe en forma tácita y compartida el tipo de encuentro que se escenifica, órdenes macro y microsociales que regulan los intercambios, junto a un contexto histórico y social determinado que influye sobre los actores.

Al trabarse una interacción entre los actores, en la que éstos comunican un determinado sentido significativo a sus actuaciones, los sujetos obran motivados por sus intereses e ideologías, los cuales pretenden materializar o imponer. Si los intereses e ideologías son compartidos o, en todo caso, no habiendo contraposición, los actores desarrollan acciones que seguirán direcciones similares, evidenciando una situación de convergencia social. Pero si las personas se disputan por sus intereses o ideologías que se oponen, los actores desplegarán *líneas de acción social* que seguirán direcciones diferentes, provocando una situación de divergencia. A medidas que las líneas de acción social se desarrollan, motivadas en los intereses e ideologías propios, se genera un *campo de separación*, en el cual puede ser localizados los factores o razones que provocan la separación, esto es, los intereses e ideologías distintas, sin cuya diferencia habría una situación de convergencia. Esas *líneas de acción social* guardan entre sí una relación dialéctica, pues se contradicen, pero a la vez cada una está contenida en la otra como negación; también contienen una relación de interdependencia, pues una no existiría sin la otra; así como, igualmente, conservan una relación de reciprocidad, puesto que una es divergente respecto de la otra y viceversa. Todo esto produce como consecuencia una situación de *conflicto social*, ya que la divergencia expresa una disputa por intereses e ideologías, pero teniendo claro que el conflicto no es el problema, sino la consecuencia del mismo. Al tiempo, la situación descrita representa un estado de *diversidad social*, que es el atributo central que se desprende de las situaciones de divergencia social. Frente a la divergencia, probablemente atraída por el conflicto social o invocada por una de las partes o por terceros, confluirá el control social penal que, probablemente, va a seleccionar una de las *líneas de acción social* para imponerle la definición de criminal, decidiendo los límites del *pluralismo*, o sea, cuánta *diversidad* puede ser admitida y reconocida.

No obstante, después de planteada la crítica del interaccionismo simbólico al estudio de la criminalidad, la cual ponía de presente que ella era resultado de las intervenciones del control social penal, de una decisión política manifestada a través del proceso de criminalización, la criminología crítica radicalizó aún más la idea para sostener que no tenía sentido estudiar la criminalidad, debía examinarse únicamente el control penal del que derivaba la criminalidad (Pavarini: 1983; Patiño Santa: 1992). Éste, bajo esos términos, era un ajuste bastante profundo al objeto de estudio de la criminología.

Pero pese a que ciertamente las definiciones sobre criminalidad surgen de la operación del control penal, y que la adjetivización de algunos comportamientos e individuos como criminales es un resultado de las intervenciones del control penal, eso no quiere decir que no puedan ser estudiadas las acciones sociales. Esos estudios estarían aplicados al examen de la divergencia social de interés penal, es decir, de acciones sociales libres de valoraciones, adjetivos o juicios de valor subjetivos. Si tal ejercicio no pudiera ser acometido, no fuera útil, no incidiera en el diseño de las políticas, sería como decir que la sociología no puede emprender el estudio de las acciones sociales.

Pero además de los yerros anteriores, sobre todo, debe quedar claro que el estudio del control social penal, que encarna en el escenario de las estructuras sociales al objeto de estudio de la criminología, no podría ser adelantado en forma satisfactoria si, de manera simultánea, no fuera emprendido el estudio de la divergencia social de relevancia penal. La razón es que existe una mutua y recíproca influencia entre divergencia social y control social, donde la una no puede ser plenamente entendida sin tener en cuenta a la

otra. Ambas se transforman, ajustan adaptan y desarrollan teniendo en cuenta a la otra, en el caso de la divergencia social para escapar del control, en el caso del control para neutralizar la divergencia social.

Otro de los viejos componentes del objeto de estudio de la criminología que fue rechazado era el referido al análisis de los criminales o desviados sociales. Ya se había mencionado que las teorías de naturaleza etiológica que pretendían encontrar causas antropológicas, biológicas y, a veces, sociales, fueron refutadas. Así mismo, si la criminalidad era resultado de la intervención del control penal, la definición como criminales de unos sujetos o grupos tampoco provenía de razones objetivas o datos empíricos, sino que era la adjudicación de una posición de *status*, entonces no habría lugar al estudio de los criminales como algo asociado al componente de la acción social. Empero, si el componente específico de análisis para la criminología es la divergencia social, categoría objetiva y libre de valoraciones jurídicas, igualmente, podrán y deberán ser examinados los actores de la divergencia social. Esto porque estudiar los atributos de tales actores, por ejemplo, la estigmatización o la discriminación de la que son objeto, los grados de poder que poseen, su *status*, las expectativas de rol con las que asisten a la interacción, sus intereses e ideologías que los animan, su cultura, la aplicación de técnicas de neutralización (González Monguí: 2016), etc., pueden con toda probabilidad ser elementos claves para entender la situación de divergencia social. El conocimiento de esos elementos puede, además, adelantarse bajo el enfoque de la sociología comprensiva, no tiene por qué presentarse bajo una perspectiva positivista causal explicativa. De esa manera, el objeto de interés de la criminología quedaría engrosado por otro rubro: el estudio de los divergentes.

La criminología tradicional a más de mencionar a los criminales, con frecuencia cita a las víctimas como parte de su objeto de estudio. La definición de víctima o la de perjudicado es resultado de la intervención del control penal, también es una posición de *status* adjudicada, y en esos términos tendría que ser examinada en el componente del control social penal. Desde el punto de la divergencia social, ambas partes son divergentes, y las dos son estudiadas al examinar la divergencia. Las definiciones de una como criminal, en ocasiones de ambas partes, y de la otra como víctima, aparecen después con la intervención del control penal.

Se ha hecho alusión en forma repetida al interés penal que debe recaer sobre la divergencia social, pues ella no puede dedicarse a estudiar todas las formas de divergencia. Esto fuerza a resolver el interrogante de qué debe entenderse por la expresión de interés penal o de relevancia penal. A ese respecto, desde luego, en primer lugar, pueden incluirse aquellas expresiones de la divergencia que han sido criminalizadas, es decir, se encuentran entre las hipótesis normativas del derecho penal. Incluso la tarea anterior puede llevarse a cabo con el fin de proponer su descriminalización. Sin embargo, la disciplina no debe restringirse a ellas. La criminología no puede, como tampoco ninguna ciencia, supeditar al mandato de la ley la determinación de su objeto de estudio. En ese caso serían consideraciones políticas las que imperarían, lo que no es adecuada para una ciencia, en vez de las necesidades del conocimiento y la curiosidad.

Por tanto, pueden ser abarcados en los estudios criminológicos aquellas acciones sociales divergentes que convendría criminalizar en razón a su dañosidad social, lo mismo que aquellas expresiones de la divergencia que derivan en conflictos sociales que no podrían ser tratados por un canal diferente al penal. No hay que soslayar, tampoco, el estudio de medidas que limitan el alcance del control penal (Pérez-Salazar, Vizcaino Solano & Tirado Acero: 2015).

En cuanto al control social penal, éste está referido a las instituciones, prácticas y políticas que pretenden imponer o conservar un cierto orden social, que regula las relaciones sociales, por medio de instrumentos o medidas penales. Esto no sólo comprende al derecho penal, que es apenas una de las herramientas que utiliza.

El control penal incorpora dos grandes etapas, la referida a la creación de los instrumentos de control, por ejemplo, en la actividad del legislativo para la expedición de normas penales o en la de otros poderes del Estado para definir políticas penales; a la que agrega la etapa de aplicación de las medidas de control penal. Esta aparece dividida en tres fases. La primera de seguridad, por regla general a cargo de la policía, con

atribuciones de vigilancia. La segunda judicial, comúnmente a cargo de jueces y fiscales, con las intervenciones de abogados defensores, con facultades de enjuiciamiento. La tercera sancionatoria, usualmente en manos de autoridades penitenciarias, destinada a la ejecución punitiva.

El proceso de criminalización comienza en la etapa de creación de los mecanismos de control social penal, para continuar su materialización concreta en la etapa de aplicación de dichos instrumentos de control que, de realizarse en forma exitosa, debería derivar en un proceso de selección positiva. Desde luego, esto hace parte del objeto de estudio de la criminología en el capítulo del control social penal. Empero, con frecuencia las actividades de selección son negativas, es decir, el control no logra definir de modo efectivo el comportamiento y a su actor como criminales, muchas veces porque dispone de recursos de poder que le permiten evadir la criminalización o en otras oportunidades debido a deficiencias del control. Esos procesos negativos de selectividad, que son truncados o fracasan son también de alta importancia para la criminología.

Puede discutirse si la criminología debe limitarse al estudio del control social formal, además de índole penal, esto es, el ejercido por el Estado con el concurso del derecho o si, igualmente, debe incluirse al control social informal, que no tiene un carácter estatal, ni está basado en el derecho del Estado, aunque disponga de sistemas normativos de fundamento. Al respecto ha de tenerse en cuenta que la especificidad de la criminología lo penal, en principio debería limitarse a conocer del control social formal de tipo penal. Empero, con frecuencia es indispensable para el entendimiento de las cuestiones penales examinar otras formas jurídicas, en especial constitucionales, que en todo caso hacen parte del control social formal. De mismo modo, en ocasiones, la comprensión de aquellos componentes de su objeto dueños de connotaciones penales demanda asumir el estudio de estructuras del control social informal. Por ejemplo, para entender algunos procesos de criminalización puede llegar a ser necesario el análisis de los medios de comunicación, que representan una institución del control social informal. No obstante, en los dos casos anteriores, esa ampliación variable y elástica del campo de estudio no es arbitraria ni caprichosa, está supeditada a la necesidad de incrementar la información para examinar la divergencia social y el control social penales. Esto, eventualmente, puede aumentar el espectro del objeto de estudio de la criminología.

4. EL PAPEL DEL OBJETO DE ESTUDIO EN AMÉRICA LATINA

La riqueza de un objeto de estudio planteado en los términos expuestos permite examinar aspectos muy diversos, pero claramente pertinentes y relevantes para conocer en forma integral los componentes específicos que informan ese objeto. Esto, de hecho, ya se está haciendo de diversas formas, aun cuando muchas veces no de forma articulada, como tampoco sistemática. Sin embargo, se trata de un camino por construir.

En América Latina los derechos fundamentales deben informar el análisis crítico del objeto de estudio de la criminología que ha sido descrito en páginas anteriores. De allí que las pautas constitucionales que ilustran el contenido y alcance de los derechos fundamentales deban ser utilizadas, de modo paralelo, para ilustrar en qué casos debe ser criminalizada la divergencia social y cuáles son los límites de las intervenciones del control social penal. En esa dirección la corriente del constitucionalismo crítico, desarrollada en Latinoamérica, es una fuente indispensable. Esto debe, de modo específico, conducir a explorar propuestas en el ejercicio del control social acordes con los derechos fundamentales (Restrepo Fontalvo: 2015). Al respecto ya existen algunos estudios que evidencian la relación entre los derechos fundamentales y problemas que pueden ser abordados desde la criminología, es caso de investigaciones que analizan la reglamentación penal que se construye alrededor de la imagen de seguridad y que es criticada por limitar considerablemente algunos los derechos fundamentales (Carvajal Martínez: 2011). Varios textos de criminología contienen apartados específicamente destinados a estudiar de modo crítico la necesidad de respetar los derechos humanos de los divergentes que son rotulados (como delinquentes, desviados,

antisociales, locos, herejes, disidentes políticos o religiosos, etc.) (Restrepo Fontalvo: 2014; 2015) y la importancia que el reconocimiento de tales derechos adquiere en un Estado social de derecho (Restrepo Fontalvo: 2003; 2017).

Las sociedades latinoamericanas profundamente desiguales, donde predomina la exclusión social y los sistemas penales han sido utilizados de forma altamente discriminatoria para favorecer a las élites, demandan de un análisis crítico de los procesos de criminalización. Se trata también del uso extensivo, con un fuerte acento represivo de los aparatos de control penal. Es el derecho penal máximo, combinado con un uso populista de la criminalización. Así mismo, otros comportamientos que podrían ser gestionados en escenarios jurídicos y sociales distintos, prosiguen percibiendo un tratamiento penal. Todo esto exige, no sólo una revisión de los criterios y pautas en materia de criminalización, sino el estudio de las formas de divergencia social. Por ende, los estudios sobre el control penal y la divergencia social, los dos grandes componentes del objeto de estudio de la criminología requieren de un desarrollo continuo que, en lo posible, abarque de manera simultánea ambas facetas, dadas las relaciones de mutua influencia que conservan, según fue explicado en apartado anterior. En ellos, principal atención debe prestarse al conflicto social, develando sus características, atributos, dinámicas y consecuencias, además del papel que juega el Derecho en su regulación (Silva García: 2008), dado que el conflicto social ocupa un lugar central en las sociedades latinoamericanas.

En la dirección anterior se ha avanzado. Por ejemplo, en los estudios que, a más de edificar una teoría del populismo penal, han cuestionado la instrumentación populista del derecho en los delitos relacionados con la inmigración (Velandia Montes: 2015a), la seguridad vial y la violencia sexual (Velandia Montes: 2015b), junto al feminicidio y los ataques con ácido (Velandia Montes: 2017), los que demostraron que otras medidas podían ser más efectivas; en los trabajos que han develado los múltiples errores de la criminalización de la inasistencia alimentaria (Moya Vargas: 2007; Silva García: 2003a). En el mismo contexto, las invasiones de tierras reflejan situaciones de carencia de la necesidad básica y esencial de la vivienda, al tiempo que expone la complejidad de la problemática social y política, junto a las características de las respuestas penales (Silva García: 1997). Donde, debe reivindicarse la vivienda como un derecho fundamental (Ruiz-Rico: 2008), dentro de un marco de armonía de los ordenamientos constitucional, penal y civil. Pero en la realidad colombiana, son igualmente de relevancia los procesos de despojo de tierras (Acero Soto: 2016), que se encuentran en el substrato histórico de sus conflictos internos.

El examen integral de la divergencia social de interés penal y del control social penal, debe comprender el estudio de las estructuras y modelos económicos utilizados por las empresas criminales, al igual que del gasto ejecutado para la financiación de las actividades de control en cada caso (Pérez-Salazar: 2013). En ese sentido, se encuentran textos referidos a la divergencia (Troisi: 2015), la reintegración de excombatientes luego de la terminación del conflicto armado interno (Pérez-Salazar: 2016a; 2017a), o los aspectos dogmáticos y relativos a las infracciones a los derechos humanos (Daza González: 2017). El llamado crimen organizado, en donde las preocupaciones centrales en Latinoamérica deben orientarse a establecer cuáles son los modelos específicos de organización y cómo operan, aparece asociado a la cuestión de la corrupción (Pérez-Salazar: 2011), como una expoliación de lo público por intereses privados. Lo anterior, ya que la corrupción, en la que participan las élites nacionales y grupos emergentes, representa una de las mayores prioridades para Latinoamérica (Silva García: 2000b).

Así mismo, es evidente que existen formas de divergencia social que afectan gravemente la vida social, lo mismo que a los sectores más vulnerables de la población. Examinar los intereses y necesidades de las grandes mayorías, en especial de los grupos sociales más vulnerables, debe ser una prioridad en Latinoamérica (Silva García: 2006a). América Latina ha alcanzado tasas altísimas de homicidio, que hacen de la región la más violenta del mundo. El narcotráfico ha generado oscuros capitales que afectan el equilibrio económico, activan la violencia, destruyen o erosionan la democracia y vulneran de modo repetido los derechos humanos (Pérez-Salazar & Velásquez Monroy: 2013; Pérez Salazar: 2011, 2010; Silva García:

1998). El conflicto armado, en este caso para Colombia, genera altos costos sociales, humanos, políticos y económicos, ha estado también vinculado a infracciones a los derechos humanos (Vivas Barrera & Pérez-Salazar: 2016; Vallejo Almeida: 2011), pero plantea también los problemas relativos a la transición (Cáceres Mendoza: 2013). Este aspecto referido a los derechos humanos, en cambio, compromete la cotidianidad de muchos países del continente. Los graves daños ambientales, con perjuicios incalculables y daños muchas veces permanentes (Rodríguez Goyes: 2018), deben hacer parte de la lista de prelación. Donde, de nuevo, el medio ambiente apercibido como objetivo prioritario de los poderes públicos estatales, debe ser amparado conforme a los parámetros del derecho constitucional (Ruiz-Rico: 2000).

Se suman en este acápite las acciones referidas a la trata de personas que, con diferentes intensidades, afectan a América Latina, representando formas modernas de esclavitud y explotación humana (Medina Gómez & García García: 2016; Restrepo Fontalvo: 2008). Las acciones divergentes y de control que tocan con el derecho fundamental a la libertad, objeto de protección constitucional. Las infracciones contra el patrimonio económico, que aparecen combinadas con incursiones en el microtráfico y otros delitos, que exponen una gestión empresarial del delito a través de redes (Acero Soto & Pérez-Salazar: 2008; Ávila Martínez & Pérez-Salazar: 2011). Estos delitos contra el patrimonio que representan en las estadísticas de criminalidad latinoamericanas la primera infracción, son cometidos en forma mayoritaria por miembros de los grupos sociales más vulnerables, a la par, encuentran en esos mismos grupos a las víctimas principales y repetidas, lo que ocurre dado el escaso poder que tienen.

En el sentido anterior, también se han producido avances. Por ejemplo, en los estudios sobre el tráfico de drogas, que comprenden los programas de tratamiento de consumidores, mecanismo y procedimientos de represión del narcotráfico. En los trabajos acerca del bien jurídico de la libertad (González Mongui: 2017; Silva García: 2015).

En materia de control social penal son importantes los fundamentos, las políticas y las estrategias diseñadas, al igual que los procesos y procedimientos, la trazabilidad y coherencia de las acciones desarrolladas, lo mismo que los resultados alcanzados. En el campo de las políticas existen numerosos trabajos (Pérez-Salazar & Gómez Horta: 2010; Bedoya Chavarriaga: 2015), que ponen de relieve las inconsistencias y contradicciones que conducen a una irracionalidad punitiva.

Los procesos de criminalización negativos, aunque no son dominantes en la investigación y la teoría criminológica colombiana, ya ofrecen en el caso colombiano interesantes avances (González Mongui: 2013). En este último caso, como corolario de una sociedad profundamente desigual, de la naturaleza discriminatoria de la selectividad penal, se ha demostrado que acciones sociales divergentes que habrían tenido altos merecimientos para ser calificadas como criminales logran escapar a esas definiciones en razón al poder a disposición de sus autores. En América Latina el tema de la selectividad penal negativa es de muy alta importancia: primero, porque la administración de justicia penal es, muchas veces, la única oportunidad de obtener justicia para los grupos sociales más vulnerables, que son las mayorías en el continente. Segundo, porque América Latina se caracteriza por tener muy altos índices de desigualdad, lo que para el caso colombiano es aún más grave.

En el plano de las instituciones del control social penal, en América Latina no se le ha dado la importancia que merece al estudio de la policía, estratégica en la erección de políticas de protección a la seguridad ciudadana, pero con frecuencia involucrada en violaciones a los derechos humanos. En el último punto, de manera más general, algunos estudios de las políticas de seguridad han puesto en evidencia las nocivas repercusiones que han acarreado en materia de protección de los derechos humanos, las variables que deben ser consideradas para el diseño de una política pública eficiente y democrática, lo mismo que las funciones sociales que cumplen las políticas de seguridad (Pérez Salazar: 2017b, 2016b; Agudelo Cely: 2015; Carvajal Martínez: 2015).

Otro capítulo de alta importancia en Latinoamérica es el referido a las prisiones. Ellas reflejan un estado de vulneración de los derechos humanos. Las mismas han sido analizadas desde distintas visiones,

cuestionado los métodos que se utilizan y su función en la sociedad (Acero Soto: 2016; Silva García: 2010; Gómez Jaramillo: 2008). La mayoría de cárceles latinoamericanas están saturadas por el hacinamiento, predominan en ellas presos sin condenas, representan un estado de vulneración de los derechos fundamentales y, así mismo, su finalidad principal, la resocialización, ha fracasado de modo estrepitoso. De allí que, con relación al componente del control penal, constituya uno de los campos de investigación primordiales.

En el terreno de la administración de justicia, campo predilecto de la investigación en América Latina, con todo, hay bastante aún por hacer. Indagar por los procesos de construcción social de la realidad judicial es una de las asignaturas más importantes. La investigación ha ahondado en las injerencias de las predilecciones ideológicas (Silva García: 2001a), las decisiones estándar y el papel del lenguaje para definir realidades (Silva García: 2001b) y edificar “verdades” (Moya Vargas: 2015; 2012), las dinámicas del procedimiento penal (Moya Vargas & Bernal Castro: 2015; Silva García & Díaz Ortega: 2015), y la independencia de la administración de justicia (Silva García, 2003b). Así mismo, ha profundizado, lo que sería una línea a seguir, en el papel de los derechos fundamentales en las decisiones jurídicas (Velasco Cano & Llano Franco: 2016). Todo esto supone, además, profundizar en los estudios sobre la profesión jurídica, pues los juristas, conforme a sus características y perfil, adoptan una cierta forma de interpretar y aplicar el derecho (Bergoglio: 2010; Silva García: 2009; Bergoglio: 2001).

En el escenario del control social penal es vital proseguir un ejercicio continuo de la crítica a conceptos y elaboraciones bastante discutibles, como las nociones tradicionales de impunidad, los usos dudosos de las clasificaciones sobre la criminalidad -aparente, oculta y real-, la manipulación de las estadísticas de criminalidad (Silva García: 2000c; Silva García & Pacheco Arrieta: 2001), dentro de procesos de deconstrucción de los imaginarios sobre la criminalidad y el control penal. El balance general de la investigación sociojurídica, por ejemplo, en el caso de Colombia, muestra aún demasiados territorios inexplorados, vacíos y agujeros en el conocimiento (Carvajal Martínez: 2016; Silva García: 2006b), que deben ser un acicate para profundizar en la investigación, sobre todo empírica, referida a los componentes que integran al objeto de estudio de la criminología.

Los dos grandes componentes del objeto de estudio de la criminología, esto es, la divergencia social de interés penal y el control social penal, deben ser contextualizados históricamente. Son múltiples los ejemplos de trabajo que han acometido una contextualización histórica, como procedimiento para abrir paso a un entendimiento de las instituciones sociales de relevancia penal que analizan el objeto de estudio (Romero Leal: 2017; Gómez Jaramillo: 2015; Silva García: 2011a; Sozzo: 2005; Capeller: 1995). Desarrollar un objeto de estudio de manera ahistórica sería una ruta que podría frustrar el entendimiento de la divergencia social y el control penal.

5. CONCLUSIONES

El objeto de estudio de la criminología sería determinado en razón a unas variables que son expuestas enseguida, además de estar compuesto por:

Al estar la criminología adscrita a la sociología general y, como especialidad de la última, a la sociología jurídica, las materias de la realidad que pueden ser objeto de observación poseen una índole social, como sociales son las conductas de interés penales y las reacciones penales que ellas suscitan, lo que descarta elementos de la antropología física, la biología, la medicina, la psiquiatría, la psicología clínica y la geografía física.

Los grandes componentes que forman el objeto de estudio de la sociología son las acciones sociales y las estructuras sociales. La criminología aborda ambos componentes, pero de manera subespecializada, de

acuerdo con la especificidad que la distingue de otras especialidades de la sociología. Dicha especificidad está dada por lo jurídico penal.

Con relación a las acciones sociales, el análisis de la criminalidad no hace parte de su objeto de estudio, porque la criminalidad no es un fenómeno empírico, tiene una naturaleza prescriptiva, no tiene cualidades ontológicas, es una etiqueta o definición que se impone mediante el proceso de criminalización, por lo que su inclusión debe ser considerada al examinar las estructuras sociales.

La noción de desviación social, pese a ser la más utilizada por la sociología y la criminología para referirse a las acciones sociales de interés criminológico, tampoco es satisfactoria, porque igualmente es un concepto prescriptivo, subjetivo, ya que el referente para juzgar una conducta como desviada son las normas. Así mismo, en tanto categoría prescriptiva, está sometida a un extenso conjunto de críticas que demuestran su invalidez como concepción descriptiva.

Pese a que la noción de desviación social carece de valor como categoría descriptiva y posee varios defectos graves para usarla en el análisis de las acciones sociales de relevancia penal, tiene un valor como un instrumento en las definiciones subjetivas que operan en la realidad social, dentro de procesos de construcción social del imaginario de lo criminal. En esos términos relativos, hace parte del objeto de estudio de la criminología. Puede decirse que las teorías de la desviación social, son las teorías con la que se presentan proyectos de construcción social de lo criminal, que han tenido una alta influencia en el mundo académico y científico. Los procesos de construcción social de lo criminal son de importancia prioritaria dentro del objeto de estudio de la criminología.

La traducción especializada de los componentes que integran el objeto de estudio de la criminología son: la divergencia social de relevancia penal (en cuanto a las acciones sociales); el control social penal (en lo que atañe a las estructuras sociales).

La noción de divergencia social es descriptiva, objetiva, empíricamente verificable y libre de valoraciones jurídicas.

El objeto de estudio debe comprender el análisis simultáneo de la divergencia social de interés penal y del control social penal, dada la mutua influencia que cada uno de los dos componentes tiene sobre el otro.

Debe estudiarse, por regla general, a los actores de la divergencia social, esto es, los divergentes, aunque ello guarda grandes diferencias con los viejos estudios de la criminología positivista acerca de los criminales.

Existen temas específicos, señalados para América Latina como prioritarios, los cuales deben constituirse en parte de un programa de desarrollo de la investigación, en particular empírica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acero Soto, S. & Pérez-Salazar, B. (2008). Los delitos contra el patrimonio en Colombia: Comentarios sobre su comportamiento en décadas recientes, *Revista de Criminalidad*, 50, (1), pp. 59 -72.

Acero Soto, S. (2016). *La dignidad humana en un Estado social de derecho: ¿valor natural o valor político?* ILAE, Bogotá.

Agudelo Cely, M.L. (2105). *Políticas públicas de seguridad y funciones sociales*. ILAE, Bogotá.

Akers, R.L. (1997). *Criminology Theories*. 2ª ed., Roxbury, Los Angeles.

- Ávila Martínez, A. & Pérez-Salazar, B. (2011). *Mercados de criminalidad en Bogotá*. Taller de Edición Rocca y Corporación Arco Iris, Bogotá.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI, México D.F.
- Becker, H.S. (1971). *Los extraños. Sociología de la desviación*. Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires.
- Bedoya Chavarriaga, J.C. (2015). Derecho y drogas: inconsistencias de la política pública y penitenciaria, *Novum Jus*, 9, (2), pp. 75-94.
- Bergoglio, M. I. (2001). *Litigar en Córdoba. Investigaciones sociológicas sobre la litigación*. Triunfar, Córdoba.
- Bergoglio, M. I. (2010) *Subiendo al estrado: la experiencia del juicio por jurados en Córdoba*. Advocatus, Córdoba.
- Bernal Castro, C.A. (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Brown, S.E., Esbensen, F.A & Geis, G. (2001). *Criminology*. 4ª ed., Anderson, Cincinnati (OH).
- Cáceres Mendoza, E. (2013). Justicia transicional y derecho a la reparación integral. Aproximación al caso colombiano, *Novum Jus*, 7, (2), pp. 55-87.
- Capeller, W. de L. (1995). *L'enfermement de la répression*. LGDJ, Paris.
- Carbonnier, J. (1977). *Sociología jurídica*. Tecnos, Madrid.
- Bernal Castro, C.A. & Moya Vargas, M. F. (2017). *Fundamentos Semióticos Para la Investigación Jurídica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Carvajal Martínez, J.E. (2015). *Derecho, seguridad y globalización*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Carvajal Martínez, J.E. (2016). *La sociología jurídica en Colombia: los antecedentes en las facultades de derecho, organizaciones no gubernamentales y el Estado*. Universidad Libre, Bogotá.
- Dahrendorf, R. (1966). *Sociedad y sociología*. Tecnos. Madrid.
- Elbert, C. (2013). Paradigmas de la criminología contemporánea: lo viejo, lo nuevo y el futuro, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*. 4, (8), pp. 7-26.
- Daza González, A. (2017). *Autoría mediata en estructuras de poder organizado. Análisis de casos: Mapiripán y desaparecidos del Palacio de Justicia*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Ferrari, V. (1997). *Lineamenti di sociologia del diritto*. Laterza, Bari.
- Ferri, E. (1933). *Principios de derecho criminal*. Reus, Madrid.
- García-Pablos de Molina, A. (1988). *Manual de criminología*. Espasa Universidad, Madrid.
- Gómez Jaramillo, A. (2008). *Un mundo sin cárceles es posible*. Ediciones Coyoacán, México D.F.
- Gómez Jaramillo, A. & Silva García, G. (2015). *El futuro de la criminología crítica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Gómez Jaramillo, A. (2015). La justicia transicional no es justicia penal, en: Gómez Jaramillo, A; Romero Sánchez, A; Carvajal Martínez, J.; Pérez Salazar, B; Beltrán Hernández, D. E; Sierra Zamora, P. A; & Romero Romero, C. A: *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

González Monguí, P.E. (2013). *Los procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.

González Monguí, P.E. (2016). Justificaciones de los actores y de las víctimas en el conflicto armado interno colombiano: técnicas de neutralización, en: Fortich Navarro, M.P; González Monguí, P.E. & Mazuera Ayala, P. (eds.), *Tendencias de historia del derecho y memoria histórica en Latinoamérica*. Universidad Libre, Bogotá. pp. 153-196.

González Monguí, P.E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Lombroso, C. (1897). *L'uomo delinquente in rapporto alla antropologia alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. Fratelli Bocca, Torino.

Medina Gómez, M. & García García, C.M. (2016). *Acciones de política criminal para prevenir y sancionar la trata de personas en Colombia*. ILAE, Bogotá.

Merton, R.K. (1992). *Teoría y estructura sociales*. 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México D.F.

Moya Vargas, M.F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2012). *La Verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2015). *Producción probatoria de la verdad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Moya Vargas, M. F. & Bernal Castro, C. A. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Moya Vargas, M. F. (2017). *Semiótica de la Justicia: opción metodológica del derecho*. Universidad La Gran Colombia, Bogotá.

Ortiz Ortiz, S. (2014). Futuro y retos de la criminología, en: Sánchez Vázquez, R. (coord.). *Seguridad pública y derechos humanos*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla.

Parsons, T. (1984). *El sistema social*. 2ª ed., Alianza Universidad, Madrid.

Patiño Santa, J. (1992). *Apertura económica y justicia*. Hojas de Papel, Cali.

Pavarini, M. (1983). *Control y dominación*. Siglo XXI, México D.F.

Pérez-Salazar, B. (2010). Expresiones regionales del paramilitarismo en Colombia: El caso del "Bloque Tolima" de las AUC, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 1 (2), pp. 53 – 90.

Pérez-Salazar, B & Gómez Horta, R (2010). Alternativas para la sanción y protección administrativa de consumidores de sustancias psicoactivas en Colombia: lecciones a partir de las experiencias de Estados Unidos y el Reino Unido con los tribunales de tratamiento de drogas, *Novum Jus*, 4, (2), pp. 127 -159.

Pérez-Salazar, B. (2011). Historias de la captura de rentas públicas en los Llanos Orientales, en: Romero Vidal, M. (ed.). *La economía de los paramilitares. Redes, corrupción, negocios y política*. Random House-Mondadori, Bogotá, pp. 75-147.

Pérez-Salazar, B. (2013). Multidimensional Security, "Ungoverned Areas" and Non-State Actors, en: Greenwood, M. & Randall, S. (eds.). *Latin American Security: Canadian and International Perspectives*. Centre for Military and Strategic Studies, Calgary, pp. 147- 166.

Pérez-Salazar, B & Velásquez Monroy, C. (2013). Procesos de renovación urbana, brecha de rentas del suelo y prácticas predatorias: el caso del polígono de intervención del Plan Centro de Bogotá, en: Beuf, A & Martínez, M.E. (coord.) *Colombia. Centralidades históricas en transformación*. OLACCHI, Quito. pp. 463-491.

- Pérez-Salazar, B, Vizcaino Solano, A. & Tirado Acero. M. (2015). *Las drogas: políticas nacionales e internacionales de control. Una introducción crítica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Pérez-Salazar, B. (2016a). La sostenibilidad de la política de paz para la terminación del conflicto armado en Colombia, en: Carvajal Martínez, J.E. (coord.). *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá. pp. 59-94.
- Pérez-Salazar, B. (2016b). Gestión territorial de la seguridad ciudadana en el marco de la transición hacia la paz en Colombia, en: Tolosa, S. (ed.). *Retos y desafíos de la policía en contextos de transición hacia la paz*. Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (FESCOL), Bogotá. pp. 147- 190.
- Pérez-Salazar, B. (2017a). ¿Construcción de paz en el Estado Social de Derecho colombiano? Reflexiones al inicio de la implementación del nuevo acuerdo final en Colombia. *Questiones de Ruptura*, 1, (1), pp. 7-22.
- Pérez-Salazar, B. (2017b). Plataforma de datos abiertos, laboratorios de ciudad y gestión de la seguridad urbana en Colombia. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*. 8, (15), pp. 7-28.
- Restrepo Fontalvo, J. (2003). Reflexiones elementales sobre el Estado social de derecho y la investigación criminal, en: et al, *Investigación Criminal*. Universidad Libre y Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2008). Trafficking in persons in Colombia, *Revista Via Inveniendi et Ludicandi*, (5), recuperado en <https://doctrina.vlex.com.co/vid/trafficking-persons-colombia-42489104>. Consultado el 15 de mayo de 2018.
- Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4ª ed., Temis, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2015). *Control social, derecho y humanismo. Hacia un control social humanizado de la conducta divergente socialmente nociva*. Leyer, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2017). Legalismo y justicia en el ámbito penal en la Constitución de 1991, en: Hernández Galindo, J.G; Echeverri Uruburu, A & Restrepo Fontalvo, J. *La Constitución del 91... entre avances y retrocesos*. T. I, Ibáñez, Universidad del Sinú, Bogotá, pp. 181-190.
- Rinaldi, C. (2009). *Deviazioni, devianza, divergenze*. Saz, Roma.
- Robert, P. (1992). La reflexió criminològica en el moment present, en: *Des les causes del delict a la producció del control*. Centre D'Estudis Jurídics y Formació Especialitzada Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Rodríguez Goyes, D. (2018). Tactics Rebounding in the Colombian Defence of Seed Freedom. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 7, (1), pp. 91-107.
- Romero Leal, Y. P. (2017). Delito político en Colombia en el siglo XIX. Reflexiones sobre la revolución en el juicio criminal contra José María Obando (1853-1855). *Novum Jus*, 11, (2), pp. 81-95.
- Ruiz Rico, G. (2000). *Derecho constitucional al medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ruiz Rico, G. (2008). *Derecho constitucional a la vivienda*. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid.
- Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica. *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. pp. 845-863.
- Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- Silva García, G. (1998). Delito político y narcotráfico, en: *La problemática de las drogas. Mitos y realidades*. Universidad Externado de Colombia y Proyecto Enlace del Ministerio de Comunicaciones, Bogotá. pp. 65-90.
- Silva García, G. (1999). Criminología, bases para una teoría sociológica del delito, en: Elbert, C. (Coord.). *La criminología del siglo XXI en América Latina*. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires. pp. 305-326.
- Silva García, G. (2000a). Le basi della teoria sociologica del delitto. *Sociologia del Diritto*, (2), pp. 119-135.
- Silva García, G. (2000b). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. *Derecho Penal y Criminología*, XXI, (68), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 129-143.
- Silva García, G. (2000c). Una revisión del análisis económico sobre el derecho. *Economía Institucional*, (2), pp. 173-196.
- Silva García, G. (2001a). *Las prácticas jurídicas*, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T. I. Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.
- Silva García, G. (2001b). *Las Ideologías profesionales*, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T. IV. Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.
- Silva García, G. & Pacheco Arrieta, I. F. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp. 185-208.
- Silva García, G. (2003a). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 323-352.
- Silva García, G. (2003b). ¿A quién le canta la sirena? La reforma a la administración de justicia en el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez. *Opera*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 231 a 265.
- Silva García, G. (2006a). La administración de justicia: ¿escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables? *Revista Colombiana de Sociología*, (26), pp. 105-123.
- Silva García, G. (2006b). Prospectivas sobre la educación jurídica, en: Pérez Perdomo, R & Rodríguez, J.C. (coords.). *La formación jurídica en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 29-100.
- Silva García, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, XI, (22), pp. 29-43.
- Silva García, G. (2009). Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia. *Prolegómenos*, XII, (23), pp. 71-84.
- Silva García, G. (2010). Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 1, (1), pp. 59-86.
- Silva García, G. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2011b). *Criminología. Teoría sociológica del delito*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.
- Silva García, G. (2015). Secuestro político y control penal en Colombia. *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*. 1, (1), Lima, pp. 569 a 582.
- Sozzo, M. (2005). Policía, violencia, democracia. Nota genealógica, en: Sozzo, M. (director). *Policía, violencia, democracia. Ensayos sociológicos*. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.

- Sutherland, E.H. & Cressey, R. (1955). *Principles of Criminology*. 5ª ed., J.B. Lippincott, Philadelphia.
- Tannenbaum, F. (1938). *Crime and Community*. Columbia University, New York.
- Tirado Acero, M; Vizcaino Solano, A, & Pérez-Salazar, B. (2016). *La política antidrogas. Nuevos horizontes de cambio en el control de la oferta y la demanda*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Troisi, R. (2013). *Mafias y empresas. Economía de una organización criminal*. Universidad Católica de Colombia, Universidad de Salerno y Planeta, Bogotá.
- Turk, A.T. (1972). *Criminality and Legal Order*. Rand McNally, Chicago.
- Vallejo Almeida, G. (2011). Principios de las operaciones de mantenimiento de la paz. *Novum Jus*, 5, (1), Universidad Católica de Colombia, Bogotá, pp. 79-98.
- Velandia Montes, R. (2013). Sexualidad y políticas penales contemporáneas. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, IV, (8), pp. 65-86.
- Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. I, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. II, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2017). *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Velasco Cano, N. & Llano Franco, V. (2016). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus*, 10, (2), pp. 35-55.
- Vivas Barrera, T. G. & Pérez-Salazar, B. (2016). Sobre la situación de graves violaciones de los derechos humanos y el derecho Internacional en contra de las mujeres en conflicto armado colombiano, en: Vivas Barrera, T. (ed.). *Derechos Humanos, paz y posconflicto en Colombia*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, pp. 59-104.
- Vold, G.B. (1967). *Theoretical Criminology*. 4ª ed., Oxford University, New York.
- Weber, M. (1992). *Economía y sociedad*. 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México D.F.

BIODATA

Germán SILVA GARCÍA: Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la misma casa de estudios, Abogado de la Universidad Externado de Colombia, investigador y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, miembro de su Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad, del cual este es un trabajo de investigación.

Angélica VIZCAÍNO SOLANO: Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén, Magíster en Derecho Público de la Universidad La Gran Colombia, Economista de la Universidad Nacional de Colombia, Abogada de la Universidad La Gran Colombia, profesora e investigadora de la Universidad Católica de Colombia, integrante de su Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad, del cual este es un trabajo de investigación.

Gerardo RUIZ-RICO RUIZ: Doctor en Derecho de la Universidad de Granada, Licenciado en Derecho de la misma Universidad, catedrático de la Universidad de Jaén, Director del Grupo de Investigación en Derechos Fundamentales, Andalucía y la Unión Europea, del cual este es un trabajo de investigación.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.33-48
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Populismo, obediencia y divergencia

Populism, Obedience and Divergence

Alejandro GÓMEZ JARAMILLO

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4095-168X>

agomezj@ucatolica.edu.co

Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1772470>

RESUMEN

El presente artículo aborda desde una visión amplia los supuestos teóricos, filosóficos y sociológicos, de la obediencia a la ley penal, en particular, en sociedades injustas y desiguales en las que los gobiernos carecen de legitimidad para imponer los deberes a los ciudadanos, con el fin de resolver los dilemas que emergen en ese escenario. Así mismo, actualiza el contexto de la crisis del Estado moderno y su repercusión en la política penal como consecuencia del fenómeno del populismo y su conversión al populismo punitivo.

Palabras clave: Política, política criminal, punitivismo y control, criminología.

ABSTRACT

From a wide view, the present article approaches the philosophical and sociological theoretical assumptions of the obedience to the criminal law. Notably, in unjust and unequal societies in which the rights of legitimacy are demanded to impose the rights of the citizens. Likewise, it updates the context of the crisis of the modern State and its impact on criminal policy as a consequence of the political phenomenon of populism and its transformation to punitive populism.

Keywords: Policy, Criminal Policy, punitive and control, criminology.

Recibido: 22-06-2018 • Aceptado: 14-07-2018



1. INTRODUCCIÓN

En su denominación más elemental puede comprenderse al Estado de derecho “como órgano de producción jurídica, y en su conjunto como ordenamiento jurídico” (Bobbio: 1996, pp. 72-73). Ordenamiento a través del cual “se somete a todos los habitantes a la ley”, en oposición “al estado de policía, en que todos los habitantes están subordinados al poder del que manda” (Zaffaroni, Alagia & Slokar: 2002, p. 6). En consecuencia, el Estado de Derecho es lo contrario a la Guerra, lo contrario al abuso (límites al poder del soberano), y al mismo tiempo, un conjunto de normas que prescriben los deberes del ciudadano. El Estado de derecho es aquel en el que predomina el comportamiento conforme a la ley, en contraposición a las sociedades en las que predomina la violencia y la criminalidad. Un modelo de Estado en el que el predominio de las leyes prevalece es un modelo en el que los gobernantes y los ciudadanos se comportan, la mayoría de las veces, según las reglas, lo cual quiere decir que la solución de los conflictos sociales a través de la violencia constituye un escenario excepcional.

El poder absoluto arbitrario, el gobierno sin leyes fijas vigentes, no puede ser consistente con los fines de la sociedad ni del gobierno, pues los hombres no renunciarían a la libertad del estado de naturaleza y se someterían a las leyes sino fuera para preservar sus vidas, libertad y fortunas, así como para asegurar su paz y tranquilidad por medio de reglas establecidas sobre el derecho y la propiedad (Locke: 1991, p. 23).

De manera adicional, el derecho establece que la ignorancia de la ley no se admite como excusa. En tiempos de una hiperinflación normativa desaforada, propia de los Estados intervencionistas, semejante mandato es una ficción. Sin embargo, esa ficción es indispensable para procrear las condiciones necesarias para hacer obligatorio el cumplimiento y la obediencia a la ley, aunque el supuesto del que se parte -el conocimiento de la ley- no sea cierto (Silva García: 2001a). De no existir la presunción, todos podrían verse tentados a alegar su desconocimiento, al punto de volver al derecho algo del todo ineficaz, y el Estado tendría que asumir la carga de probar su opuesto. Entonces, se impone una presunción con un pilar de soporte, probablemente falso, para a partir de allí tener la legitimidad esencial para poder irrogar al ciudadano las consecuencias negativas que acarrea la no obediencia de la ley, esto es, la sanción, y en la materia que nos convoca: la pena.

Se cree además que, a través de las normas penales, el legislador pretende crear deberes bajo la amenaza de la pena. Mir Puig expresa al respecto que

(...) la norma penal opera apelando a la motivación del ciudadano, amenazándole con el mal de la pena para inclinar su decisión en favor del derecho y en contra del delito. La amenaza de la pena cumple su función motivadora a través de un imperativo, prohibiendo u ordenando bajo aquella amenaza”. De esta función política de la norma penal se deriva una función dogmática, en razón a que se incluye en la teoría del delito el “momento subjetivo de la desobediencia, el dolo. Pues el dolo representa la negación acabada del imperativo de la norma: la voluntad negadora de la prohibición o mandato expresado por la norma” (Mir Puig: 2003, p. 45).

He aquí una de las cuestiones nucleares del derecho penal y su origen ilustrado liberal, la cual constituye el centro del debate actual y no simplemente una reminiscencia a épocas pasadas. Cuestión aún actual que nos pone ante problemas que se escapan de la órbita exclusiva del derecho penal y de la mirada de los juristas, para remitirnos a la teoría sobre el ejercicio del poder y la obediencia o resistencia del ciudadano frente al mismo, es decir, a la política. Asunto, así mismo emparentado con la discusión sobre el derecho a la protesta (Manzo Ugas: 2018), que comporta problemas similares. Cuestionar la obediencia a la ley penal

quizás suene para el mundo jurídico algo exótico, pues el legislador ha de suponer de plano que las leyes vigentes son acatadas. Pero, al contrario, no hay nada más descriptivo de la realidad latinoamericana que la desobediencia generalizada de las leyes penales, al mismo tiempo, nada más recurrente que la elevación de las penas para suplir tal deficiencia.

Ahora bien, la formulación referida de Mir Puig incluye el carácter coercitivo de la norma penal, pero al mismo tiempo, la motivación (autónoma) del ciudadano para aceptar la amenaza de la pena. Esto significa entonces, que los destinatarios de la norma penal determinan su conformidad a ella por miedo al castigo. Pero ¿Es correcto o justo obedecer al derecho penal? ¿Es correcto o justo obedecer esos mandatos y esas prohibiciones? ¿O solo las obedecemos por miedo o terror?

En el otro extremo de esta propuesta, los destinatarios de la norma penal pueden desobedecerla racionalmente si ello genera un beneficio mayor al costo que implica la imposición del castigo, incluso si vislumbran que a pesar del incumplimiento de las normas de acuerdo con el contexto cultural e institucional éste quedará impune. La teoría de la elección racional propone esta mirada y supone en primera instancia que quien toma una decisión ha pensado en lo que va hacer y puede proporcionar una justificación racional de su actuar. Pero en un sentido más estricto, supone esta teoría, que quien elige actuar de determinada forma (incluso de manera ilegal) lo hace porque busca maximizar sus utilidades, sobre la base de una comparación de costos y beneficios esperados de la actividad criminal y de sus consecuencias penales (Roemer: 2002).

Otro escenario posible de incumplimiento (generalizado) de la norma penal, no es el producto de la voluntad libre y racional de los individuos, sino la respuesta lógica a las estructuras sociales, culturales, económicas y políticas que determinan a los ciudadanos al incumplimiento de la norma (Baratta: 2002), tal vez, agravada por la debilidad institucional de un supuesto Estado de derecho (García Villegas & Revelo: 2010). O, así mismo, por la coexistencia de valores que promueven el orden social, con valores que animan la ilegalidad (Sutherland: 2009). Como también puede ser comprendido, por la divergencia de grupos sociales, alentados por sus propios intereses e ideologías en confrontación con los esgrimidos por otros grupos también divergentes, lo que provoca conflictos sociales y, con frecuencia, intervenciones selectivas del control penal, que tendrán como efecto la censura o la admisión de la diversidad que aparece envuelta en la divergencia (Silva García: 2012; 2011a; 2000a; 1999; 1996), lo que con mayor probabilidad afectará a los menos poderosos, es decir, a aquellos sujetos en condiciones de marginalidad (Ghezzi: 2001), en intervenciones penales muchas veces orientadas hacia los individuos o grupos estigmatizados. Donde el *estigmatizado* deja de verse “como una persona total y corriente para reducirlo a un ser inficionado y menospreciado” (Goffman: 2007: 112).

Este último escenario constituye la explicación más idónea para el contexto actual de la globalización y de la crisis de la democracia. La cada vez más evidente consolidación de una Post-Democracia a través del populismo genera un estado de cosas en el que el incumplimiento de la ley penal es generalizado y en el que las sociedades del conflicto son cada vez más evidentes. El descontento general de los marginados, en contraste con la apatía de las clases medias, es el caldo de cultivo de la criminalidad más brutal. Esta criminalidad ahora es masiva, sistemática, globalizada y se vale del Estado para su realización.

2. OBEDIENCIA Y DESOBEDIENCIA

Es necesario entender al sistema penal como un producto histórico y no como un modelo. El sistema penal es un complejo conjunto de procesos, instituciones, normas, sujetos y discursos teóricos de justificación (Gómez Jaramillo: 2008, p. 2015). En ese sentido, Silva García realizó una descripción y análisis histórico de los procesos de construcción social de los imaginarios acerca de los criminales y la criminalidad en Colombia, en especial, sobre los tipos de discursos que han servido para edificarla (*Ibid.*: 2011b). También estudios

históricos sobre problemas específicos han acreditado la necesidad de la historia para comprender los procesos de criminalización (Garzón Cárdenas: 2017; Romero Leal: 2017).

Sin embargo, la mirada tradicional se enfoca en las normas y en las teorías justificadoras. Ello genera una idealización del sistema penal en la que se supone la armonía y coherencia del sistema con unos principios político penales derivados de un modelo de Estado. Como producto histórico el sistema penal es ambiguo, sus contornos son opacos y sus procesos se organizan según las necesidades coyunturales, así como, de conformidad con la usanza de discursos justificadores en la mayoría de los casos procedentes de distintas tradiciones, contradictorias entre sí, pero a pesar de ello, todas ellas presentes dentro del sistema. Así mismo, las estructuras penales son un producto de la naturaleza conflictiva de la sociedad, donde grupos con intereses e ideología singulares se movilizan para utilizarlas a su favor (Silva García: 2008). Lo anterior no puede ser soslayado, pese a los esfuerzos por presentar las instituciones penales como un producto técnico armónico.

Manifestación privilegiada de esta torre de babel, es la coexistencia de una política penal derivada del modelo liberal ilustrado, con una política criminal peligrosista de origen positivista, actualizada a través con un particular tono coyuntural que emerge de las sociedades del riesgo y de la acción los medios de comunicación. Derecho penal de *acto* y derecho penal de *autor*, garantismo y expansión del derecho penal, Estado de derecho y Estado autoritario, son manifestaciones opuestas que conviven en un mismo sistema penal. El libre albedrío se encuentra en el centro del principio de culpabilidad en la política criminal liberal clásica, mientras que en el positivismo el pasado y el futuro delictivo del criminal determinan su peligrosidad y en consecuencia la reacción penal. En el derecho penal liberal ilustrado, la libertad supone una elección del individuo, quien actúa de conformidad con sus propios objetivos, sin que sean las reglas de un tercero las que lo obliguen a actuar de un modo. En realidad, según la fundamentación Kantiana del derecho penal, la norma penal es obedecida porque antes que una obligación jurídica, se tiene una obligación ontológico-ética, la cual se expresa por conducto de la autonomía humana, como el ejercicio de un acto solidario, racional, a través del cual esa obligación jurídica está justificada por medio de la práctica de la libertad. La pregunta sería: ¿La ley infunde ley o las personas son autónomas?

Al respecto, Hans Welzel apuesta por la fundamentación kantiana del concepto de persona responsable en los siguientes términos:

(...) mientras que la coacción física convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas, la obligatoriedad le impone la responsabilidad por un orden de su vida dotado de sentido, haciendo de él el sujeto de la conformación de su vida. En el momento, por eso, es que frente a la coacción del poder superior se descubrió el carácter obligatorio del derecho, se descubrió también, a la vez, por lo menos en germen, la personalidad del sujeto obligado (...) obligación y persona responsable son dos conceptos unidos inseparablemente. En toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable. Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social, si éste no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que derecho (Welzel: 2005, pp. 323-324).

La raíz kantiana del pensamiento de Welzel

(...) denuncia – una y otra vez – los excesos del positivismo y muestra como el derecho no se puede confundir con el poder; así mismo, reivindica la necesidad de construir organizaciones sociales democráticas asentadas sobre el postulado de la dignidad de la persona humana, que permitan el libre debate de las ideas, luego de afirmar que la lucha por la democracia es el legado más importante del derecho natural, desde la antigüedad hasta hoy (Velásquez: 2004).

De acuerdo con la filosofía de Kant, el ser humano, entendido desde el punto de vista material podría definirse como un organismo, es decir, como un conjunto de órganos con funciones concretas, pero con la función general de hacer que el organismo viva. Ese organismo está, digámoslo así, “puesto” en la naturaleza. Puesto allí, el organismo está sometido, determinado a las condiciones que la naturaleza le impone. La primera condición evidentemente es que viva, para vivir, debe alimentarse, reproducirse, reposar, etc. En otras palabras, no elige vivir, está obligado a vivir porque todo está dispuesto naturalmente para ello. Ahora bien, las cosas que hay en la naturaleza envejecen, se deterioran, aumentan de tamaño, se mueven, se transforman, cambian de lugar, etc. Todos estos procesos ocurren o acontecen con algún principio de organización, alguna regla, de lo contrario sería tan entrópica dicha existencia que podríamos decir que en esas condiciones ni siquiera podría existir, se destruiría apenas creada. Esa regla, principio o norma es la causalidad (causa–efecto) y el ser humano como organismo natural está sometido a esta norma. No existe posible elección al respecto.

Ahora bien, cuando el organismo es consciente de esos cambios, cuando percibe la causalidad, cuando percibe el tiempo (las cosas envejecen, por ejemplo) o el espacio (las cosas cambian de posición), podría decirse que el organismo tiene una facultad y es la percepción. Otros organismos (el ser humano, por ejemplo) pueden además de percibir las cosas y sus cambios, entenderlas. Por medio de conceptos esos organismos son capaces de entender los fenómenos. Esta facultad de conceptualizar, de hacernos ideas sobre las cosas, representárnoslas a través de símbolos, de registrarlas mentalmente, es posible que ocurra ya sea por la experiencia y la comparación durante muchos años hasta aprender a entender o a conceptualizar, o porque hemos sido dotados mentalmente de ciertas capacidades que nos permiten entender las cosas. Antes de percibir las cosas aplicamos ciertas reglas que nos permiten entender las cosas y sus cambios. Venimos dotados con esas reglas. Esto no es pasivo, dado que el ser humano crea el conocimiento mediante la intervención de sus facultades: primero una facultad con un rol pasivo, la de la intuición (registrar impresiones sensibles) y luego sobre esa base un rol activo en la que se interpretan dichas impresiones (conceptualización como parte del entendimiento).

Finalmente, no basta con entender las cosas y sus cambios, sino que, además, esas impresiones o ideas sobre las cosas que quedan grabadas en nosotros y que incluso recordamos, son la materia prima de reflexiones profundas que hacemos sobre las cosas, para hacernos preguntas sobre ellas. Por ejemplo, percibimos y entendemos que todas las cosas se rigen por la causa y el efecto, pero cuando razonamos abstracta y profundamente sobre ello, hasta preguntarnos por la primera causa de todo ese proceso. Cuando especulamos a cerca de la primera causa, dejamos de referirnos a las cosas en concreto, es decir a lo que percibimos en un primer momento, y en realidad razonamos hasta construir ciencia alrededor de las respuestas a esas preguntas. También ocurre, por ejemplo, cuando somos conscientes de que nuestro cuerpo se rige por la ley de la causalidad y nos preguntamos si a pesar de ello somos libres. En estos casos utilizamos la razón.

Algunas de esas preguntas son fáciles de responder, otras no y por ello organizamos sistemáticamente nuestros razonamientos hasta construir las ciencias. No obstante, hay ciertas cosas que a pesar de que no vemos, tocamos, olfateamos u oímos creemos que existen, que las percibimos y no podemos evitar hacernos preguntas sobre tales cosas. “La razón humana tiene el destino singular, en uno de sus campos de conocimiento, de hallarse acosada por cuestiones que no puede rechazar por ser planteadas por la misma naturaleza de la razón, pero a las que tampoco puede responder por sobrepasar todas sus facultades” (Kant: 2006, pp.7-8). Es decir, intentamos razonarlas, pero, aunque intentamos hacerlo construyendo ciencias muy agudas, lo que decimos y escribimos sobre ellas es incompleto o erróneo. Desde el punto de vista científico, prescindimos de explicaciones racionales para explicar la existencia de Dios o de la libertad y solucionamos el problema señalando que Dios es el único que puede responder a esas cosas y de vez en cuando nos revela tales respuestas. En todo caso, aunque falaz, suplantamos a Dios y en su nombre expresamos

racionamientos sobre ese tipo de cosas que se supone no hemos construido los seres humanos, sino que hemos llegado a ellos por revelación divina. Afortunadamente abandonamos esa suplantada explicación y continuamos preguntándonos por esas cosas hasta el día de hoy, dado que no podemos evitar preguntarnos por ellas. A pesar de que en la historia de la filosofía se han producido muchas reflexiones en torno a aquellas cosas sobre las cuales no podemos obtener impresiones sensibles, esas reflexiones son equivocadas y exceden los límites de la razón.

David Hume considerado como uno de los más grandes filósofos ingleses, produjo en Kant una profunda impresión. En muchos sentidos la filosofía de Kant pretendió superar el empirismo de Hume. Para el filósofo inglés en los razonamientos abstractos es imposible encontrar una impresión que los fundamente:

Quando tomemos en nuestra mano cualquier volumen de, por ejemplo, teología o metafísica escolástica, preguntémosnos: ¿Contiene algún razonamiento abstracto sobre la cantidad o el número? No. ¿Contiene algún razonamiento experimental concerniente a cuestiones de hecho y existencia? No. Entonces arrojémoslo a las llamas, porque no puede contener nada más que sofistería e ilusión” (Hume, citado en Solé: 2015, p. 50).

Por ello, la modernidad ilustrada, que tiene como característica fundamental la crítica (básicamente por su ruptura con el pasado) pretende ponerle límites a la razón y parte de su epistemología se fundamenta en distinguir qué tipo de conocimiento racional es cierto, puede considerarse científico y qué características debe reunir para producirse. En la primera parte de la *Crítica de la Razón Pura* Kant se pregunta cómo es posible el conocimiento cierto y sólido propio de la matemática y de la ciencia física. En la crítica de la razón práctica, se pregunta por la inmortalidad, la libertad moral y necesidad dado que la ciencia física de Newton no era capaz de responder esas preguntas (Kant: 2006).

Sin embargo, nuestra vida en sociedad, la interacción que durante toda nuestra vida realizamos con otros similares a nosotros, la forma en que nos afectamos unos a otros nos ha llevado a razonar no como individuos, sino como especie. Sería imposible que un individuo razonara solo y sin tomar como referencia lo que otros individuos ya han razonado. Por ello, la razón no solo se sistematiza en las ciencias y finalmente en las bibliotecas, sino que además en tanto que esa razón se construye en relación con otros, tendemos a ver esa razón convertida en acciones. Las acciones de los seres humanos son determinadas por racionamientos. Eso obliga a la razón a materializarse en las interacciones humanas y por ello ese tipo de razón es práctica, es decir, se realiza en el acto. Luego, cuando esas cosas abstractas que difícilmente percibimos se concretan en actos podríamos afirmar que ellas existen solo cuando se realizan.

Así ocurre con la libertad. La libertad es un objeto que difícilmente podría percibirse en la naturaleza. La libertad no es algo que podamos medir, o tocar. La física y la matemática poco podrían decirnos sobre la libertad. Solo la aprendemos, la captamos en los actos de los seres humanos, es decir que solo la captamos cuando esa libertad se realiza. Por ello, para reflexionar sobre la libertad, para hacernos preguntas sobre la libertad, debemos recurrir a un tipo de razón práctica. Para preguntarnos por las cosas de la naturaleza y sus cambios recurrimos a la razón teórica, mientras que para preguntarnos por la libertad y otras cosas similares debemos recurrir a la razón práctica. Mientras que el ser humano en naturaleza es un *Yo empírico* determinado por la ley de la causalidad, e incluso por las pasiones, en sociedad, en relación con otros, el ser humano se realiza en un *Yo trascendental* que se eleva a través de la libertad, desconociendo toda constricción externa para obrar moralmente de conformidad con leyes racionales de carácter ético. Entonces, “tratándose de valor moral, lo esencial no se halla en las acciones que se ven, sino en los principios internos de la acción que no se ven” Kant (Grangeris: 2005, p. 44).

Obrar moralmente es una decisión voluntaria del sujeto. No es una imposición de la religión o ideologías, más bien, producto de la autonomía, en tanto que el sujeto es capaz de imponerse la ley moral a sí mismo.

El obrar es bueno no por sus consecuencias (utilitarismo) o por que se ajuste a fines como la felicidad

(eudemonismo). El obrar es bueno si se motiva en el deber, en leyes que motivan el actuar. No interesa la acción en sí misma, tampoco las consecuencias de esa acción, lo fundamental son los motivos que llevaron al sujeto a actuar de ese modo.

La ética es por ello de carácter universal, autónoma y racional. Universal en tanto que es anterior a cualquier experiencia. La fundamentación del obrar es también universal, dado que es lógico y racional desear que todos los seres humanos se comporten de la misma manera. De aquí se desprende la primera formulación del imperativo categórico de Kant: *Obra solo de forma que puedas desear que la máxima de tu acción se convierta en una ley universal*. Es una ética basada en el deber que no depende de las circunstancias, se hace obligatoria para todos los seres humanos. Autónoma respecto de cualquier ideología o religión, dado que para Kant la moral determina a la religión y no al revés, esas creencias se convierten en máximas que regulan el obrar. El ser humano es el determinante de sus deberes y los aplica a su acción por compromiso interno y no por fuerzas externas.

En consecuencias, las acciones de los seres humanos están determinadas por el deber, deber que se autoimpone el ser humano quien libre y racionalmente elige actuar de esa manera. Actuar conforme a deber es la forma de una ética universal y no depende del contenido de los deberes. Podrías dotar de contenido al deber y señalar lo bueno y lo malo, lo que está permitido hacer y lo que no; pero seguramente esas definiciones serán limitadas, incompletas. Lo verdaderamente irrefutable es que, con independencia del contenido de las normas éticas, siempre actuamos de conformidad con el deber. Por ello:

La filosofía no es una suerte de ciencia de las representaciones, conceptos e ideas, ni una ciencia de todas las ciencias, ni nada por el estilo; es en cambio una ciencia del ser humano, de sus representaciones, su pensamiento y sus acciones: debe presentar al ser humano en todos sus componentes, tal como es y debe ser, o sea, de acuerdo con sus determinaciones naturales, así como con su relación de moralidad y libertad. La filosofía antigua adoptó un punto de vista completamente inadecuado respecto al ser humano en el mundo, porque lo convirtió en una máquina en él, que como tal tenía que ser completamente dependiente del mundo o de cosas y circunstancias externas; así, hizo del ser humano prácticamente una parte pasiva del mundo. Ahora la crítica de la razón ha aparecido para determinar el ser humano en un lugar plenamente activo en el mundo. El ser humano en sí es el creador original de todas sus representaciones y conceptos y debe ser el único autor de todas sus acciones (Kant, citado en Solé: 2015, pp. 47-48).

La libertad, entonces, es la capacidad del ser humano de darse su propio deber, de obedecer el mandato que le dicta la razón. La libertad es la capacidad de regirse por la razón. Así, tenemos una razón que dicta leyes y al mismo tiempo una voluntad que las acata sin miedo al castigo. Y es precisamente en este sentido que no existe diferencia entre el derecho y la moral. Actuar de conformidad con el deber es una acción interna, actuar de conformidad con la ley escrita por miedo al castigo es una acción externa. En ambos casos el contenido de la norma moral o del derecho es el mismo, solo que en la moral la acción es autónoma, interna, mientras que en el derecho la acción es obligada, impuesta, externa. La moral produce actos buenos, el derecho actos justos, es decir de conformidad con la justicia. Derecho y moral prescriben lo mismo, pero al hacer positiva la ley jurídica, al volver escrita tanto la prescripción como la sanción por su incumplimiento los motivos para su cumplimiento son distintos. Quien se comporta de acuerdo al deber, quien acata el imperativo categórico, quien actúa de conformidad con la norma que dicta la razón lo hace libremente; de tal manera que su motivación es la virtud independientemente de las consecuencias que produzca dicha forma de actuar. Su motivación es interna. Quien actúa de conformidad con el derecho lo hace para ser aceptado por los otros, para no afectar los derechos de los otros, para no perturbar la paz. Su motivación es externa, es impuesta por la sociedad sobre todo por el temor al castigo.

Bien valdría la pena preguntarse por la vigencia de esta visión kantiana dentro del derecho penal actual. La crisis de la filosofía, entendida como metafísica, como culto de los universales, como búsqueda de las verdades absolutas, se expresa también en términos de la ética, la filosofía del derecho, la sociología jurídica y por supuesto el derecho penal. Así como la verdad ha perdido su carácter universal, la moral ha dejado de ser unívoca. No existe ya una verdad universal, en tanto ontológica, apriorística y racional, sino más bien, asistimos a la existencia de múltiples sistemas éticos, morales, coexistiendo en conflicto, en guerra, en una lucha de antagonismos que pretende apaciguarse bajo la idea del consenso, a través del Estado y a través de la democracia sufragista. Claro está, que en estricto sentido Kant aceptaría que cada cultura tuviese sus propios contenidos morales, y aun cuando éstos sean absolutamente diferentes, la moral seguiría siendo universal porque en todas las culturas los seres humanos actúan de conformidad con sus preceptos morales, independientemente del contenido de estos. Pero es este precisamente el problema del formalismo. En el estado de cosas actuales el contenido es más importante que la forma. Diríamos que señalar que los actos humanos se realizan de acuerdo con el deber es una obviedad. Lo importante es señalar el contenido de ese deber.

El contenido del deber lo ha construido en gran medida la religión, la cual más que pertenecer a una esfera metafísica de la existencia humana, pertenece más bien a la cultura. La religión es un producto de la cultura. Y hay culturas, subculturas o contraculturas en las que matar, cercenar el clítoris de las mujeres, robar, devastar la naturaleza, abusar sexualmente de niños y niñas, confundir el castigo con la tortura es un valor cultural, subcultural o contracultural que se constituye en valor y, al mismo tiempo, en deber que rige los actos de los seres humanos. ¿Luego podría afirmarse que son autónomos esos seres humanos? ¿Que se comportan de conformidad con los deberes?

Estamos, entonces, lejos del consenso, de la universalidad. Nos encontramos más bien, en un contexto de una guerra cultural, de guerra moral. Esta idea, potente en la sociología jurídica actual, nos induce a pensar que existe un ordenamiento que se impone a la fuerza sobre otros y que, por lo tanto, la obediencia al derecho es una imposición.

La idea del consenso y de la universalidad de la moral vista no desde el formalismo, sino desde el materialismo (el contenido de la norma) nos indica que el poder político se tiene que hacer merecedor de la obediencia de las normas jurídicas, esta idea, expuesta en la filosofía política clásica en J.J Rousseau y retomada en la filosofía contemporánea por J. Rawls, señala que el poder político se hace merecedor de la obediencia, es decir, a las normas jurídicas, por parte de sus destinatarios, quienes se determinan y aceptan moralmente obedecer la ley, porque ese poder político tiene legitimidad, es aceptado, pero no impuesto.

Si vivimos en un contexto de antagonismos, en un contexto de injusticia social, desequilibrio económico, desigualdad alarmante, de captura del Estado por intereses privados, particularmente del narcotráfico y de grupos corruptos (Silva García: 2000b), tendríamos que preguntarnos: por qué a pesar de toda esa injusticia social y a pesar de la ilegitimidad del Estado ¿Obedecemos las normas? Por qué, a pesar de la falta de legitimidad del poder, ¿Aceptamos las prohibiciones y los mandatos contenidos en la norma?

3. POPULISMO

La política penal

(...) es el programa de acción para tratar la divergencia social de interés penal y conducir el control penal, lo que comprende como medios el conjunto de concepciones, medidas y prácticas penales diseñadas y ejecutadas por el Estado o por grupos sociales organizados, en un tiempo y espacio determinados, para materializar objetivos o intereses superiores de la organización social respectiva (Silva García: 2011a).

En consecuencia, en lo que concierne al Estado, la política penal condensa actividades de intervención sobre la vida social, que recaen sobre la divergencia social y son ejecutadas desde las instituciones propias del control penal. Pero en la historia están registrados muy distintos programas de política penal. Hoy, entonces, cabe preguntar ¿Cuál es la naturaleza y los rasgos de la política penal contemporánea? ¿Cuáles son los grandes objetivos sociales y políticos pretendidos por esa política? Estos determinarán la manera cómo se persigue incidir sobre la vida social y, al tiempo, atender las reclamaciones de diferentes grupos de la población.

La política penal actual muestra rupturas y continuidades. Rupturas en tanto que emergen nuevos elementos de la mano de los avances tecnológicos, de las sociedades transparentes y de las sociedades del riesgo globalizado. Al mismo tiempo, la política penal representa la exacerbación de los presupuestos científicos y antropológicos sobre los cuales se construyó el modelo expansivo del derecho penal, a través de la hiper-intervención del Estado por conducto del derecho penal, lo cual paradójicamente ocurrió como consecuencia del surgimiento del Estado de Bienestar.

La retórica cientificista del positivismo coincidió en Europa con el auge del pensamiento pragmático y la crisis del pensamiento especulativo metafísico (Baumer: 1985). A través del evolucionismo social, la política penal estatal pudo fundamentar la construcción de arquetipos delictivos, fundados en una antropología que señalaba diferencias biológicas, psicológicas y sociales entre delincuentes peligrosos y los delincuentes ordinarios.

Los positivistas concluyeron que existían delincuentes ocasionales que delinquen racionalmente por la oportunidad de delinquir y, así mismo, delincuentes habituales quienes se encuentran determinados por distintos factores a la comisión del delito. Los delincuentes habituales son denominados incorregibles, razón por la cual la criminalidad constituye su actividad principal. Nace la categoría de los sujetos peligrosos, entendidos como delincuentes reincidentes que ponen en peligro el orden social. Sobre la base de estas ideas se construye un nuevo sistema de control penal denominado como correccionalismo, a través del cual se distingue la reacción penal de conformidad con el tipo de delincuente (Foucault: 1984). Para los delincuentes ocasionales la pena tendrá la finalidad correctiva, mientras que, para los sujetos peligrosos, delincuentes reincidentes, delincuentes habituales o criminales natos la pena tendrá un doble propósito: por un lado, la eliminación del delincuente de la sociedad, por otro, la protección de la sociedad de sus enemigos.

Son, pues, éstos, los supuestos de lo que hoy es denominado como derecho penal del enemigo, en tanto que se reproducen en este modelo de política penal. Sus nociones, entre las cuales se halla la idea de que las personas no son iguales, apuntan a que los enemigos sean tratados de forma distinta por el derecho penal, con un sistema procesal despojado de garantías para volver inocuo al enemigo, a los que son agregadas reacciones punitivas drásticas, considerando que los enemigos han dejado de ser ciudadanos.

Al respecto señala Zaffaroni, con relación al derecho penal del enemigo, que

(...) se vive una etapa en que el poder se planetariza y amenaza casi con una dictadura global, el potencial tecnológico de control informativo puede acabar con cualquier intimidad, el uso de ese potencial controlador, por supuesto, no se limitaría a investigar a los protagonistas de hechos violentos sino que abarcaría a toda la población, la comunicación masiva tiene hoy un formidable poder técnico, está abierta a una propaganda vindicativa en todo el mundo. El poder planetario está fabricando enemigos en serie, los enemigos se gastan rápido de modo que se fabrican otros (Zaffaroni: 2005).

Ahora bien, en la última década el progreso del poder político autoritario, la radicalización del enfoque punitivo máximo, así como la expansión del derecho penal, se han exacerbado. El rasgo más preocupante de todo esto es que la sociedad ha mutado en sus concepciones sobre la democracia, en su cultura política y ha decidido legitimar estos regímenes antidemocráticos. Desde el 2016, cuando Donald Trump es elegido

para la presidencia de Estados Unidos, Occidente cambia en forma drástica, por lo que puede presentirse que gran parte del “*locus*” criminológico (la percepción acerca de donde se localiza el origen de los problemas), construido hasta ahora, es incapaz de traducir este nuevo desorden mundial.

La actual crisis de la sociedad democrática, la cual juega un papel importante en el surgimiento (¿o retorno?) de los populismos más conservadores y sus repercusiones en el derecho (en particular en el derecho penal), es el problema que debe abordar la sociología jurídica y la criminología actual.

Esto ha tenido traducciones inmediatas y concretas en el ámbito del control penal en Colombia y en otros contextos. El populismo, bastante funcional cuando de propósitos electorales se trata, siempre atento a aplacar los miedos más primitivos de las personas, con la ayuda complaciente de los medios de comunicación, explota los temores en materia de seguridad vial, renovación e inseguridad urbanas, ataques con ácido, asaltos sexuales e irrupción de inmigrantes; mientras que, en forma paralela, no criminaliza acciones que implican graves daños sociales, distorsiona la lectura de los hechos que fundamentan la problemática de las drogas, evade el problema de la trata de personas, y omite la intervención sobre “área no gobernadas” que están fuera de su radio de intereses (Velandia Montes: 2017; Pérez-Salazar, Vizcaino Solano & Tirado Acero: 2015; Carvajal: 2015; Velandia Montes, 2015a, 2015b; Pérez-Salazar & Velásquez Monroy: 2013; González Monguí: 2013; Velandia Montes: 2013; Pérez-Salazar: 2013; Restrepo Fontalvo: 2008). Pero el populismo penal es un fenómeno global, por lo que en ese contexto debe indagarse acerca de su sintaxis teórica.

En una reciente entrevista a Jürgen Habermas (*Die Zeit*: 2016), éste señala que estamos en una época a la que denomina como post-democracia, en la que la juventud considera anacrónico el régimen democrático, en la que los jóvenes de 18 a 24 años no votan (tal y como lo predijo el cineasta Michael Moore en relación con el triunfo de Trump, quien entre otras cosas señaló que, si la gente hubiese podido votar a través del Xbox o del Play Station, Hillary Clinton hubiese ganado), la vida cotidiana es inestable, las identidades políticas son difusas y el nacionalismo se constituye en un elemento estabilizador. El cual, combinado con el populismo penal como salida, apacigua la incertidumbre.

Pero también tenemos que reconocer que los grandes problemas concretos no han sido resueltos, pues en Europa la crisis de los refugiados y el terror crece (Zizek: 2016), mientras los problemas de seguridad se profundizan, el desempleo aumenta, mientras en América Latina la corrupción es anómica. En contraste con la inexistencia de soluciones prácticas a estos problemas, pululan visiones grandilocuentes de liberales románticos que “luchan por el centro”, pero al mismo tiempo toleran la creciente desigualdad. El reciente triunfo de Trump, el Brexit, el voto negativo en el plebiscito por la paz en Colombia, la batalla electoral francesa entre la derecha y la ultraderecha, son ejemplos del populismo que entre otras cosas se ha apropiado de un terreno abandonado por la izquierda y que se dirige a la idea conservadora de acabar con los mercados globalizados y recuperar un Estado fuerte. Lo que los electores que eligieron a Donald Trump rechazaron fue el “neoliberalismo progresista”, unión de fuerzas progresistas que promovían la diversidad y el empoderamiento de otros grupos sociales del *capitalismo cognitivo*, entendido como las prácticas económicas sobre la producción de conocimiento. Según Nancy Fraser se trata de

(...) una alianza de corrientes principales de nuevos movimientos sociales (feminismo, antirracismo, multiculturalismo y derechos LGBTQ), por un lado, y los sectores empresariales “simbólicos” y de servicios de alto nivel (Wall Street, Silicon Valley y Hollywood), por el otro (...) El neoliberalismo progresista se desarrolló en los Estados Unidos durante las últimas tres décadas y fue ratificado con la elección de Bill Clinton en 1992” (Fraser: 2017).

Movimientos que marchan en senderos similares a los orientados en América Latina por las corrientes del pluralismo jurídico (Llano Franco: 2016).

Un populismo que surge como respuesta política a una situación de crisis institucional y de crisis ideológica causada en gran medida por el fracaso de la social democracia, por la izquierda, que no logró cambios estructurales.

El populismo penal, valido de las campañas de los medios de comunicación que explotan el morbo como producto comercial, la alarma y la desconfianza de la población, es una continuación de los procesos de construcción social de la realidad, en la que ella es trastocada por otra subjetiva, alentada por emociones básicas, fundada en juicios de valor y no en hechos verificables. Esto ha tenido traducciones en la forma de percibir a los criminales y a la criminalidad, al igual que en el papel que debe desempeñar la administración de justicia penal, reflejadas en la visión sobre ciertos delitos (Moya Vargas: 2007; Silva García: 2003; Silva García & Pacheco Arrieta: 2001; Silva García: 2000c; 1997), en los modelos de decisiones judiciales (Silva García: 2015; 2001b), en los movimientos sociales contra la impunidad de los crímenes de Estado (Martínez Elías: 2018), en los criterios que prevalecen en la imposición de penas (Silva García: 2010), en la penetración de los prejuicios ideológicos en las decisiones judiciales (Silva García: 2001c).

En este nuevo desorden mundial el populismo y el abstencionismo masivo y generalizado alcanzan una envergadura mundial. Para atenderlo es necesario abandonar el viejo hábito platónico de desvincular lo racional de lo emocional. Hay que entenderlo como un fenómeno cultural, vivencial, pragmático, imperante en la interacción social. Se trata de otra dimensión en la que el populismo produce apoyos irracionales al autoritarismo.

Alexandre Dorna, catedrático de psicología social, expresa que “uno de los aspectos más perturbadores del populismo no es tanto su carácter efervescente, sino el fondo emocional que lo acompaña. Esta característica nos hace ver que el análisis sociológico debe complementarse con la interpretación psicológica” (Dorna: 2001, p. 24). Esa es también la postura de algunos académicos para quienes las redes sociales, especialmente Facebook y Twitter, están llenas de pseudo argumentaciones en las que la tragedia humanitaria y la corrupción política se banalizan. En estas redes hay una constante tormenta de problemas simplificados, la información se presenta en imágenes (memes), en los que no hay reflexión, no se cuestionan los argumentos, y eso provoca que las mentalidades cambien, que comparezcan dificultades de concentración, lo mismo que para argumentar y reflexionar en forma crítica sobre la tragedia que se hace cotidiana.

El recuento que Internet deja de la tragedia son imágenes e hiper/simplificaciones agresivas. El fondo emocional de estas imágenes idiotiza al ciudadano y lo prepara para aceptar la imagen del enemigo (simplificación del conflicto social), convertido en chivo expiatorio. Para el efecto, ha surgido el líder carismático, quien es capaz de arreglar los problemas y combatir al enemigo. El líder, en ese sentido, es un padre, representa un poder patriarcal, ante “hijos” en una situación de indefensión, lo que hace que el ciudadano se entregue a él acríticamente, de manera irreflexiva, y que valide cada afirmación que hace el mesías. Un líder carismático ocupa, entonces, el centro del populismo. Populismo que constituye una invocación contra los intelectuales y los políticos que disienten.

El problema más significativo del populismo no es, en realidad, el ejercicio del poder en regímenes antidemocráticos, es más bien el apoyo social a dichos regímenes. El Estado de derecho se construyó mitológicamente a partir del consenso simbólico, del libre albedrío, de contrato social y por lo tanto de la igualdad (formal en todo caso).

Žižek (2016) aborda los ataques de ISIS, reflexionando sobre ellos, para contrastarlos con la problemática de los refugiados en Europa. Žižek indica que el mundo es una esfera que está dividida entre aquellos que lo tienen todo y viven de manera cómoda en la dimensión interna de la esfera, con todos los derechos y, por otra parte, aquellos que viven en la periferia, sin derechos, y en donde el terrorismo es rasgo de la cotidianidad, que habitan la dimensión externa de la esfera. Quienes viven en la esfera externa, son aquellos que divergen del orden establecido y protegido por intermedio del derecho penal. Cuando delinquen, no lo hacen bajo los supuestos de la responsabilidad kantiana que reposa en la base de la política penal

liberal, sino que lo hacen más bien bajo las premisas que Edwin Sutherland denominó, en su famosa investigación sobre los delitos de cuello blanco, como asociaciones o contactos diferenciales. A Sutherland lo anima el estudio de formas de criminalidad diferentes a aquellas que, de manera tradicional, habían sido objeto, en su época, de análisis criminológicos. Por ello investiga las conductas realizadas por sujetos pertenecientes a las élites, dueños de los medios para lograr los fines culturales prometidos por la sociedad, pero a pesar de ello también incurrir en conductas que pueden ser calificadas como ilícitas (Sutherland: 1999).

Según esta teoría, la criminalidad se aprende dentro de grupos o asociaciones por medio de socializaciones alternas a las que incluyen los valores hegemónicos defendidos con el concurso del derecho penal, para en cambio, proceder a la apropiación de nuevos valores que muestran la criminalidad como un comportamiento benéfico. Esta teoría pone el acento en el aprendizaje social y no en la personalidad de los individuos. La conducta etiquetada como criminal es el producto de un proceso de aprendizaje continuo. Como bien lo expone Sutherland, el aprendizaje de este tipo de comportamientos ilegales, viene soportado en la ascendencia de quien educa, dentro de relaciones íntimas e intensas. Los mecanismos de control social formal e informal en la mayoría de casos dejan en la impunidad estas prácticas ilegales, ya sea por la dificultad para investigar y juzgar los delitos de *cuello blanco* (debido a la complejidad de los mecanismos por medio de los cuales son realizados, o por el exceso de recursos de este tipo de delinquentes para afrontar una defensa judicial) o por la ausencia de reproche social (Sutherland: 1999).

Desde este punto de vista es imposible entender al comportamiento tildado de criminal como una negación del orden establecido, en tanto que en las sociedades contemporáneas existen diversos grupos con valores específicos que riñen con los valores y normas impuestas como generales.

No existe, entonces, un sistema de valores, o el sistema de valores, ante los cuales el individuo es libre de determinarse, siendo *culpable* la actitud de quienes, pudiendo, no se dejan *determinar por el valor*, como quiere una concepción antropológica de la culpabilidad, de cara sobre todo a la doctrina penalista alemana (Baratta, 2002).

La teoría de la asociación diferencial puede expandirse a distintos tipos de comportamientos rotulados como criminales, no sólo a los delitos de *cuello blanco*, dado que se trata de sociedades conflictivas, compuestas por distintos grupos, con normas y valores específicos, en los que el comportamiento se aprende no sólo como un mecanismo de subsistencia, sino, además, como un comportamiento positivo. En ese sentido, la teoría de la asociación diferencial puede aplicarse a las micro/culturas marginales, definidas como criminales, entre ellas las estudiadas en la teoría de llamadas subculturas criminales desarrollada por Albert K. Cohen (1955).

Pero, sobre todo, puede ser conjugada con la teoría de las técnicas de neutralización expuesta por Sikes y Matza (1978), donde las técnicas de neutralización implican la exclusión de la propia responsabilidad, en razón a que el actor del comportamiento definido como delito se ve a sí mismo como una víctima del curso de los acontecimientos, además de lo cual, niega la ilicitud, justifica sus acciones como no contrarias a la moralidad, desconoce a la víctima o la transforma en responsable, discute la legitimidad de la autoridad que lo persigue.

Del análisis de la aplicación de las técnicas, por ejemplo, en el ámbito del conflicto armado, se ha dado buena cuenta (González Monguí: 2016), lo que evidencia que ellas funcionan. Incluso, Zaffaroni, ha encontrado que la teoría de las técnicas de neutralización es adaptable a la comisión de masacres como forma de la criminalidad Estatal, dado que constituyen acciones de exterminio de grupos debido a sus características identitarias, opuestas a las del régimen (Zaffaroni: 2006).

Es precisamente en este punto en el que la teoría de la asociación diferencial puede ser combinada con la teoría de las técnicas de neutralización, a fin de explicar la otra cara del populismo. La sociedad civil se

encuentra adormecida en el populismo, indolente frente a los crímenes graves. La opinión pública ha dejado de ser crítica frente al sistemático abuso de los derechos fundamentales de la población civil, ante el recorte de garantías y el desconocimiento del Estado de derecho. Más que un apoyo al totalitarismo, se trata de la apatía frente a la violencia y el autoritarismo del sistema. Por ello, “esto genera la llamada indiferencia moral: todos saben la existencia de hechos atroces, pero se omite cualquier acto al respecto, no existe desinformación, sino negación del hecho” (Zaffaroni: 2008: 19).

4. CONCLUSIONES

La desobediencia a la ley penal no es un fenómeno que pueda explicarse únicamente a través del principio de responsabilidad derivado de la ética kantiana. A pesar de que el sistema penal contemporáneo aún sigue estructurando la culpabilidad en el concepto del libre albedrío, la ocurrencia de un grupo significativo de delitos no puede entenderse a través de dicho paradigma. El grueso de la ocurrencia de la desobediencia a la ley penal se comprende más bien, por medio de la teoría de las asociaciones diferenciales, máxime si las conductas definidas criminales se estudian en el marco de las sociedades posdemocráticas y dentro de los gobiernos populistas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baumer, F.L. (1985). *El pensamiento europeo moderno: continuidad y cambio en las ideas, 1600-1950*. Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- Bobbio, N. (1996). *Estado, Gobierno y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- Buitre, A. (2016). Por qué diablos la gente apoya a la derecha. Recuperado de <https://albertobuitre.com/2016/09/06/gernot-ernst-alberto-buitre-socialistisk-venstreparti-por-que-diablos-la-gente-apoya-a-la-derecha-un-medico-noruego-tiene-la-respuesta/>
- Cohen, Albert K. (1955). *Delinquent Boys*, Glencoe, New York.
- Dorna, A. (2001). La crisis democrática. Carisma y populismo. Recuperado de <https://www.uv.es/garzon/psicologia%20politica/N23-2.pdf>
- Carvajal Martínez, J.E. (2015). *Derecho, seguridad y globalización*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Foucault, M. (1984). *Vigilar y castigar*. 9ª ed., Siglo XXI, México D.F.
- Fraser, N. (2017). El fin del neoliberalismo progresista. Recuperado de <http://literalmagazine.com/el-fin-del-neoliberalismo-progresista/>
- García Villegas, M. & J.E. Revelo (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Dejusticia, Bogotá.
- Garzón Cárdenas, R. (2017). Adolfo León Gómez y el presidio en el primer cuarto de siglo XX en Colombia. *Novum Jus*, 11, (1), pp. 129-142.

- Ghezzi, Morris L. (2001). Per un pluralismo difunzionale. In: V. Ferrari, P. Ronfani, S. Stabile (eds.), *Conflitti e diritto nella società transnazionale*. Franco Angeli, Milano, pp. 485-495.
- Goffman, E. (2007). *Estigma: la identidad deteriorada*. Amorrortu, Buenos Aires.
- Gómez Jaramillo, A. (2008). *Un Mundo sin cárceles es Posible*. Coyoacán, México D.F.
- Gómez Jaramillo, A. (2015). La justicia transicional no es justicia penal, en: Gómez Jaramillo, A.; Romero Sánchez, J.E.; Carvajal Martínez, B.; Pérez Salazar, D.E.; Beltrán Hernández, P.A.; Sierra Zamora, C.A. & Romero, *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- González Monguí, P.E. (2013). *Los procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- González Monguí, P.E. (2016). Justificaciones de los actores y de las víctimas en el conflicto armado interno colombiano: técnicas de neutralización, en: Fortich Navarro, M. P.; González Monguí, P.E.; & Mazuera Ayala, P. (eds.). *Tendencias de historia del derecho y memoria histórica en Latinoamérica*. Universidad Libre, Bogotá. pp. 153-196.
- Graneris, J. (2005). *Las religiones al desnudo: conflictos, misterios y respuestas acerca de la existencia de Dios*. Circulo Latino, Barcelona.
- Habermas, J. (2016). La crisis en la UE y el Brexit. Jürgen Habermas: "Jamás pensé que el populismo pudiera derrotar al capitalismo en su país de origen". Diario Die Zeit, Alemania. <https://www.laizquierdadiario.com/Jurgen-Habermas-Jamas-pense-que-el-populismo-pudiera-derrotar-al-capitalismo-en-su-pais-de-origen>
- Kant, I. (2006). *Crítica de la razón pura*. Taurus, Madrid.
- Llano Franco, V. (2016). Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica. *Novum Jus*, 10, (1), pp. 49-92.
- Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa Calpe, Madrid.
- Manzo Ugas, G.A. (2018). Sobre el derecho a la protesta. *Novum Jus*, 12, (1), pp. 17-55.
- Martínez Elías, A.E. (2018). El surgimiento del Movice y la teoría contemporánea de los movimientos sociales. *Novum Jus*, 12, (1), pp. 131-161.
- Sykes, G. & Matza, D. (1978). On Neutralizing Delinquent Self Images, en: Rubington, E. & Weinberg, M. S. *Deviance. The Interactionist Perspective*, 3ª ed., New York, McMillan.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. B. de F., Buenos Aires.
- Moya Vargas, M.F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Pérez-Salazar, B. (2013). Multidimensional Security, "Ungoverned Areas" and Non-State Actors, en: Greenwood, M. & Randall, S. (eds.). *Latin American Security: Canadian and International Perspectives*. Centre for Military and Strategic Studies, Calgary, pp. 147- 166.
- Pérez-Salazar, B & Velásquez Monroy, C. (2013). Procesos de renovación urbana, brecha de rentas del suelo y prácticas predatorias: el caso del polígono de intervención del Plan Centro de Bogotá, en: Beuf, A & Martínez, M. E. (coord.) *Colombia. Centralidades históricas en transformación*. OLACCHI, Quito, pp. 463-491.

Pérez-Salazar, B., Vizcaino Solano, A. & Tirado Acero, M. (2015). *Las drogas: políticas nacionales e internacionales de control. Una introducción crítica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Roemer, A. (2002). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Fondo de Cultura Económica, México D.F.

Romero Leal, Y.P. (2017). Delito político en Colombia en el siglo XIX. Reflexiones sobre la revolución en el juicio criminal contra José María Obando (1853-1855), *Novum Jus*, 11, (2), pp. 81-95.

Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, pp. 845-863.

Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Silva García, G. (1999). Criminología, bases para una teoría sociológica del delito, en: Elbert, C. (Coord.). *La criminología del siglo XXI en América Latina*. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, pp. 305-326.

Silva García, G. (2000a). Le basi della teoria sociologica del delitto. *Sociologia del Diritto*, (2), Milano, pp. 119-135.

Silva García, G. (2000b). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica, *Derecho Penal y Criminología*, XXI, (68), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 129-143.

Silva García, G. (2000c). Una revisión del análisis económico sobre el derecho. *Economía Institucional*, (2), pp. 173-196.

Silva García, G. (2001a). La administración de justicia, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T. III, Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.

Silva García, G. (2001b). Las prácticas jurídicas, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T. I, Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.

Silva García, G. (2001c). Las Ideologías profesionales, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T. IV, Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.

Silva García, G. & Pacheco Arrieta, I. F. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp. 185-208.

Silva García, G. (2003). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (coord.) *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 323-352.

Silva García, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, XI, (22), pp. 29-43.

Silva García, G. (2010). Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 1, (1), pp. 59-86.

Silva García, G. (2011a). *Criminología: teoría sociológica del delito*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2011b). *Criminología: Construcciones sociales e innovaciones teóricas*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.

- Silva García, G. & Díaz Ortega (2015) ¿Justicia penal o justicia premial? Un análisis sociojurídico sobre la justicia penal en Colombia, en: *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México D.F., pp. 109-137.
- Solé, J. (2015). *El Giro Copernicano en la Filosofía*. Bonallevra Alcompas, Barcelona.
- Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello Blanco*. La Piqueta, Madrid.
- Sutherland, E. (2009). *El delito de cuello Blanco*. B de F, Buenos Aires.
- Velásquez V., F. (2004). *Hans Welzel: una aproximación a su vida y obra*. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_32.pdf
- Velandia Montes, R. (2013). Sexualidad y políticas penales contemporáneas. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, IV, (8), pp. 65-86.
- Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. Tomo I, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. Tomo II, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2017). *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Welzel, H. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. B de F, Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. R.; Alagia, R. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires.
- Zaffaroni, E.R. (2005). "El derecho penal del enemigo". Conferencia en la Universidad de Congreso, Mendoza.
- Zaffaroni, E.R. (2006). El crimen de estado como objeto de la criminología. Recuperado en www.scribd.com/document/79016071, en mayo 2018, pp. 1-19.
- Žižek, S. (2016). *La nueva lucha de clases: los refugiados y el terror*. Anagrama, Barcelona.

BIODATA

Alejandro GÓMEZ JARAMILLO: Doctor en Sociología de la Universidad Autónoma de México, Magíster en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona, Magíster en Filosofía de la Universidad Nacional Autónoma de México, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, profesor y miembro del Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad de la Universidad Católica de Colombia, al cual pertenece este trabajo de investigación.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.50-63
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Sentido de justicia y proceso penal

Sense of Justice and Criminal Procedure

Manuel Fernando MOYA VARGAS

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4969-9310>

manuelfernandomoyavargas@gmail.com

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1772686>

RESUMEN

Semióticamente la justicia se construye por la sociedad, y circula por distintos canales comunicativos, entre ellos el judicial. Al juez llega por distintos y diversos medios, que pueden ser el mismo juez como también los *mass media*. Y si bien los modelos procesales pueden ser más o menos afines a dicho sentido social, los llamados acusatorio-adversativos, resultan ser más afines, consideradas las facultades otorgadas al poder ejecutivo y al jurado de conciencia. Mientras que los modelos inquisitoriales dependen exclusivamente de la estrecha maniobrabilidad de los jueces.

Palabras clave: Proceso penal, Semiótica penal, Sentido de justicia.

ABSTRACT

Semiotically, justice is built by society, and circulates through different communication channels such as the judicial. The judge arrives through different and diverse means, which can be the same judge up to the mass media. And while the procedural models may be more or less related to this social sense, the so-called accusatory-adversative, turn out to be more related, in consideration to the powers granted to the executive and the jury of conscience -or grand jury. While the inquisitorial models depend exclusively on the narrow maneuverability of the judges.

Keywords: Criminal Process, Semiotics of Law, Semiotics of Justice.

Recibido: 21-06-2018 • Aceptado: 10-07-2018



Utopía y Praxis Latinoamericana publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported (CC BY-NC-SA 3.0). Para más información dirijase a https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/deed.es_ES

1. INTRODUCCIÓN

Durante la conquista y la colonia le fue impuesto a América Latina y El Caribe un modelo de administración de justicia de tendencia inquisitorial. Con algunas adecuaciones se siguió practicando hegemonícamente hasta hace aproximadamente veinte años, cuando empezó a promoverse la estandarización del enfoque acusatorio-adversativo (Langer: 2007). Esta transformación fue abrupta, y se impulsó por la cooperación internacional (A-M de Querétaro: 2016). Como razones se adujo la economía y la eficiencia judicial (Vargas-Viancos: 2008) así como los principios en que se apoya el modelo procesal (Rosales: 2015; USAID: 2015).

No obstante, contrario a lo pretendido en las declaraciones públicas que justificaron la reforma, y pese a los esfuerzos internos y externos, los resultados están bastante lejos de ser lo que se esperaba (Sánchez: 2018; Fandiño: 2017; Buscaglia: 2015; Alborno: 2014; Velandia Montes: 2017). Ni siquiera en cuanto a la anunciada celeridad, pese a los trabajos de investigación previos que, además de criticar el sistema inquisitivo auguraban un trámite más rápido y ágil a los asuntos penales (Silva García: 1997). Resultados perceptibles casi desde los albores mismos de la implementación (Velandia Montes: 2017).

Posiblemente este resultado se explique en la improvisación que caracterizó la implementación. Pues se evidencia que nunca estuvieron soportados en estudios que con rigor científico demostraran cómo los problemas de la jurisdicción penal se debían al enfoque inquisitorial, y a su vez, que serían resueltos mediante el acusatorio-adversativo (Moya Vargas: 2012; Velandia Montes: 2015b), y en manera alguna mejorando el inquisitorial que se tenía (Moya Vargas: 2017). También, es probable el exceso de confianza en las instituciones de la justicia premial, con la que se esperaba gestionar la mayoría de casos (Silva García & Díaz Ortega: 2015), haya igualmente contribuido a frustrar las expectativas.

En cambio, la promoción del enfoque procesal acusatorio-adversativo responde a una idea de justicia como asunto técnico (Bourdieu & Teubner: 2000). Cuando debió haberse inquietado acerca del sentido social de justicia de una sociedad como la de Colombia, y la pertinencia de un modelo procesal concreto, en consideración a la dirección adquirida por la política penal del Estado. Plantear el sentido social de la justicia, tiene una clara conexión con el interrogante que se plantea para una sociedad como la colombiana, que debe guiar los análisis sociojurídicos, en cuanto a qué papel cumple en la protección de los intereses y derechos de las mayorías de la población (Silva García: 2006).

Debió hacerse porque no toda sociedad ni todo Estado resultan afines a cualquier modelo procesal. Este aspecto, es precisamente el que se considera, para lo cual se realiza un ejercicio comparativo, vinculado en consideración a dos circunstancias, una, el recurso a la legítima defensa; y, en segundo lugar, el modelo procesal practicado, metodológicamente comprendido dentro del rango de la semiótica del derecho (Moya Vargas, 2017a; 2017b).

2. UNA SITUACIÓN ESPECÍFICA

Recientemente la BBC publicó este titular, "Donald Trump sugiere armar a los maestros de Estados Unidos para evitar los ataques como el tiroteo de una escuela de Florida" (BBC: 2018). Poco después se vieron imágenes de maestros de escuela practicando en polígonos. Lo cual pareciera el eterno renacimiento del derecho a armarse para auto-defenderse en Estados Unidos. País donde este tipo de noticias y las consecuentes discusiones académicas y no académicas, acentúan el derecho al porte de armas, dejando un poco en la penumbra que la segunda enmienda a la Constitución de Filadelfia desarrolla el derecho a la legítima defensa, y no el abuso de dicho derecho, lo cual termina siendo la contrapartida, es decir el límite, y para ser más precisos, lo más peligroso de éste y de cualquier otro derecho (Razquín Fraile: 2018). Este tipo de propuestas suele basarse en una especie de consenso antiterrorista,

(...) luego de los atentados ocurridos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001 se dio un giro estratégico: Estados Unidos comenzó a promover un discurso orientado hacia la seguridad pública y nacional, y una respuesta de corte militar para enfrentar el terrorismo, que denominó “guerra preventiva” (Carvajal Martínez: 2015) y que en la dogmática penal se conoce como “derecho penal del enemigo” (González Monguí: 2013).

Ahora bien, el modelo procesal penal de este país permite que los casos de legítima defensa, sucedidos al amparo de la segunda enmienda, ni siquiera sean judicializados, en cambio, sí los son aquellos en que se aduce el abuso del derecho (Urofsky: 2018). Por suerte que, si un maestro repele un ataque contra él o contra un estudiante dando muerte al agresor, seguramente tendrá muchas más posibilidades de ser encumbrado como héroe que como reo de juicio. Lo cual implica la correspondencia entre un cierto sentido social de justicia penal, y un modelo procesal, tal y como lo pensó Kant en su momento (Moya Vargas: 2012).

En Colombia también existe la legítima defensa, con variables acaso mucho más amplias que las dispuestas en la Constitución de Filadelfia (Moya Vargas: 2008), como la modalidad extendida o presunta (Colombia: 2000).

Pero a diferencia de Estados Unidos, la sociedad colombiana construye su sentido de justicia de una forma muy diferente (Moya Vargas: 2007). Lo cual se manifiesta así mismo en la percepción sobre la criminalidad o divergencia social de interés penal (Silva García: 1996; 2012), tan distinta a la de Estados Unidos, cada país conforme a su propio proceso histórico de edificación (Silva García: 2011a).

De ahí que en la ecuación legítima defensa=persona=justicia, una sociedad como la estadounidense otorga mayor peso al derecho a protegerse, otra como la colombiana conceda ese mismo lugar a la justicia consistente en no producir sufrimiento. Retóricamente se trata de dos alegorías opuestas (Moya Vargas & Bernal Castro: 2015). En una, la justicia es el aura del fuerte en tanto que el destino del injusto es la debilidad. Mientras que, en la otra, el destino remoto del débil es la justicia, mientras que el fuerte es sospechoso de abuso inmediato, como lo ilustra bien la representación social del fenómeno de las llamadas “auto-defensas” en Colombia (Pérez-Salazar: 2011; González Monguí: 2016).

De donde la administración de justicia colombiana proceda en casos de legítima defensa, cuidándose de distinguirla de eventos de reacción vindicativa (Carvajal: 2017).

3. LAS MANIFESTACIONES DE UN CIERTO SENTIDO DE JUSTICIA

En los primeros días de 2018 una persona cuyo oficio era ser escolta, hallándose en una vía pública de la ciudad de Bogotá, advirtiendo que una ciudadana cualquiera y con quien no tenía vínculo alguno, estaba siendo víctima de la acción de tres atracadores, disparó produciéndole la muerte a uno de ellos pese no haber impedido el hurto (Caracol: 2018). Rápidamente uno de los medios de comunicación adujo la manifestación del Fiscal General de la Nación, quien expresó, “El colombiano debe tener la certeza que la legítima defensa es derecho ciudadano, y por eso el próximo lunes habrá una entrevista para ratificar las declaraciones desde el punto de vista formal y en cuyo caso la Fiscalía procederá a archivar las diligencias”. Así mismo, informó de 15 mil firmas recogidas en apoyo del escolta, esto para que no le fuesen imputados cargos de homicidio.

Este hecho fue seguido por los medios y se supo que en efecto la Fiscalía General de la Nación dispuso no imputar cargos, lo que fue judicialmente avalado como evento de legítima defensa, hallándose al mes de mayo de 2018 pre concluida la investigación, lo cual equivale a una absolución por casusa objetivas.

Decisión facilitada por el enfoque procesal acusatorio-adversativo, instaurado en Colombia constitucionalmente desde el año 2002 (Castro: 2017), el cual faculta a que el acusador adopte este tipo de determinación, como resultado positivo de justicia y de eficiencia.

Pero contrasta con otro suceso que desde los mismos medios recibió un tratamiento significativamente distinto.

Una de las muchas expresiones de criminalidad común conocida en este país es designada “fleteo”. Consiste en que los delincuentes asaltan a sus víctimas utilizando motocicletas de alto cilindraje, para arrebatarles bienes de valor, preferiblemente dinero en efectivo. Se sirven de armas de fuego y al más mínimo intento de resistencia atacan a las víctimas y a sus acompañantes, dándoles muerte con mucha frecuencia.

En los últimos días del mes de marzo de 2018 los medios colombianos registraron una noticia acerca de uno de estos casos, con la particularidad de una reacción efectiva por parte de la víctima. Consistió en que en una vía de la ciudad de Medellín a una persona que conducía un vehículo dos asaltantes en una motocicleta le hurtaron una joya. La víctima al no poder impedirlo arrolló con su vehículo a la motocicleta, dejando a los delincuentes seriamente lesionados.

Uno de los medios presentó la noticia con el siguiente título, “Víctima de robo que atropelló a ladrones en Medellín podría enfrentar cargos”. Y agregó un subtítulo, “Los ladrones habían sido capturados en cuatro ocasiones por hurto” (RCN: 2018).

Resaltó en negrillas que los fleteros eran dos, mientras que el conductor de la camioneta sólo uno; que la víctima persiguió y arrolló a los ladrones con su camioneta; y que la única autoridad que se manifestó fue el secretario de seguridad de Medellín. Todo esto fue contrastado propiciando una tensión conforme con la cual, la víctima que se defendió corría el riesgo cierto de ser acusada por arrollar a sus victimarios.

La información no resaltada reforzó la tensión, dando más peso a la justa causa del atropellamiento, al advertir detalles como que uno de los victimarios era menor de edad, con antecedentes judiciales o, que un niño que viajaba en la camioneta observó todo el ataque contra su padre. Pero también destacó que la víctima utilizó una camioneta Toyota prado -vehículo considerado en Colombia como de alta gama.

Todo lo anterior fue opuesto a la posibilidad de afrontar sanciones penales y de tránsito por parte de la persona que se defendió.

Aclaró que las imágenes provenían de redes, en donde ya eran virales y, dijo que muestran al ladrón menor de 15 años llorando y pidiendo una ambulancia, mientras “la comunidad” le gritaba “eso es para que siga robando”.

Otro medio de comunicación se refirió al mismo hecho (Caracol: 2018), bajo el título “Fiscalía podría judicializar a conductor que atropelló a fleteros: abogado”. El subtítulo indicó, “En Medellín Hoy por Hoy, un abogado litigante explicó que el conductor y los ladrones son víctimas y victimarios.”

La gran conclusión es que la persona que arrolló a los delincuentes será judicializada y castigada, puesto que la justicia a mano propia es ilícita. Agregó el abogado consultado por el medio,

-Y ojalá esto sirva, que el juez analice, porque no sería conveniente que en la situación que estamos, que una persona en una situación de esta vaya a ser penalizado severamente por el hecho de sentar un precedente. Pero hay que invitar a la comunidad a que no se debe reaccionar con violencia, ni tomando justicia con propia mano.

No obstante, al final asumió una posición de alguna forma diletante, mediante una proclama en defensa de la sociedad que acababa de amenazar.

Una tercera noticia destacó que el secretario de seguridad de la ciudad manifestó que pese al desespero de la comunidad la reacción del conductor de la camioneta era injustificable (LAFM: 2018).

Una cuarta noticia se caracterizó por formular la oposición desde el propio título “¿Legítima defensa o vendetta? El caso de un hombre que atropelló a fleteros en Medellín” (Semana: 2018).

Destacó que mientras unos miembros de la comunidad apoyaron a la víctima, otros lo juzgaron de intolerante y de haber tomado justicia a mano propia. Los adjetivos empleados evidencian que las

manifestaciones (se ignora de dónde las consiguieron y mucho más la proporción) estuvieron referidas a la persona, no a los hechos.

En común con las anteriores enfatizó que uno de los atracadores era menor de edad, que los dos “terminaron bajo las llantas de una Toyota Prado” y que emplearon un arma.

A diferencia de las anteriores noticias, informó sobre un mensaje en redes del alcalde de la ciudad donde sucedieron los hechos, en que manifestó que quienes deben ir a la cárcel son los delincuentes y no sus víctimas. Lo que interpretó el medio de comunicación como una defensa precipitada de la persona que atropelló a las otras dos.

También señaló que la víctima persiguió a los atracadores hasta lograr arrollarlos. Lo cual, si bien no puede ser considerado como falso, es cuando menos exagerado pues “la persecución” no duró más de un par de segundos.

Refirió que “los ciudadanos” criticaron a los fleteros mientras se revolcaban de dolor, y que se valieron de deprecaciones como, “cuál ambulancia, hombre, por no trabajar vio lo que le pasa”.

Se orientó a explicar la reacción de la víctima del hurto, aduciendo el cansancio de los ciudadanos con estar siendo permanentemente asaltados, que los criminales no duraban más de 24 horas privados de la libertad, y que en el caso en cuestión precisamente el secretario de seguridad había informado de los antecedentes de los dos delincuentes.

Es característico de la presentación unos interlineados resaltados en letra roja y negrilla que direccionan al lector a noticias convergentes, como “se disparó el delito”, “La condena a Gustavo Villegas, exsecretario de Seguridad de Medellín” y “La violencia nos unió tanto que tememos deshacernos de ella. Directora de ‘Matar a Jesús’”.

La que parece ser la segunda parte de esta noticia es un análisis de la situación, caracterizado por polarizar entre “la culpabilidad del atracado”, por haber dejado malheridos a los victimarios, y “un uso legítimo de la defensa”. Aun cuando admitió que nada más las autoridades podrán resolverlo, advirtió que ese análisis debía establecer “si la defensa fue proporcional a la agresión”, ingresando un elemento contundente en contra de la víctima del hurto, pues sentenció, “los arrolló con toda la fuerza de su camioneta, y la legítima defensa lo que busca es reducir al atacante, no eliminarlo”. Enunciado que evidentemente desdibujaría cualquier posibilidad de legítima defensa, al menos en el imaginario del lector.

Lo más particular de esta noticia es que pese a anticipar un análisis jurídico estricto, acudió a un sociólogo -quien parece haber sido su guía jurídico, pues indicó que a su entender “la justicia” es la encargada de establecer si se trató de legítima defensa, e hizo referencia a algunos de sus componentes. Como explicación -esta sí no jurídica, adujo la percepción de impunidad que tuvo la sociedad antes de los hechos.

Se supo que iban más de 110.000 firmas recogidas en que la ciudadanía exigía que no procesaran a la víctima del fleteo (WRadio: 2018).

En esta se exhibió cómo la fiscalía tomó partido en favor de la víctima, pues al requerir el aseguramiento del atracador mayor de edad mantuvo, por un lado, que el conductor de la camioneta intentó entregar la joya que le fue arrebatada, pero su temor se lo impidió, por lo que uno de los asaltantes abrió la puerta del vehículo y se la arrebató. Por otro lado, que si bien persiguió a los motociclistas los arrolló por haber perdido el control del vehículo, y que él mismo llamó ambulancias que atendieran a sus propios atracadores (Pulzo: 2018).

Este caso no volvió a ser objeto de seguimiento por los medios de comunicación.

4. NARRATIVA Y SENTIDO.

Si bien hubo muchas más noticias de uno y otro caso, la construcción de sentido de justicia es profundamente distinto.

En el primer caso el escolta fue erigido en una especie de héroe social. Mientras que, en el segundo, la víctima que se defendió fue socialmente apoyada, pero cuestionada a través de los medios, y hasta abandonada a su suerte, de tal manera que a un lector le podrían surgir las inquietudes a las que convocan, por ejemplo, si fue una auténtica legítima defensa o, por el contrario, una venganza.

La obviedad de las coincidencias pareciera desafiar el tratamiento que recibieron. Ambos son casos de legítima defensa, pero el uno es abrigado por un sentido de justicia que en el otro rápidamente se enrarece.

Posiblemente las explicaciones a ese enrarecimiento del sentido pueden surgir en consideración a las circunstancias reales y verídicas, que en cambio no fueron objeto de tratamiento específico en los medios de comunicación.

En el primer caso el principal actor fue una persona de estrato social bajo, pues en Colombia un escolta recibe una muy baja remuneración, y ningún tipo de estatus adquiere por ese oficio.

Esta persona defendió a alguien que por las circunstancias -el lugar donde ocurrieron los hechos, el vehículo que conducía y la manifestación de hacia dónde se dirigía -lugar de trabajo, sugieren que se trataba de una persona con una condición social al menos diferente al escolta, en todo caso por encima de él. Pero, sobre todo, se trataba de una mujer sola, que estaba siendo víctima de tres delincuentes.

En el segundo caso, lo primero que surgió fue que la víctima se defendió a sí misma. Que era hombre, sin importar demasiado que enfrentó a otros dos que estaban armados. Y también aparece que conducía un cierto tipo de vehículo, típica propiedad de persona de clase media alta, el cual adicionalmente convirtió en su propia arma.

Tampoco se consideró que los únicos que usaron armas de fuego fueron los dos asaltantes quienes, además, tenían a su favor la motocicleta que, en vías congestionadas, como aquella donde sucedieron los hechos, facilitaban su huida -precisamente por eso las utilizan.

La presencia del niño en el vehículo es minimizada, pues al tiempo que pudo haber sido evidencia de la maldad de los delincuentes y de la necesidad de la valentía al reaccionar del conductor, pudo haber sido manifestación de proclividad de éste quien atacó a sus asaltantes sabiendo que tenían un arma de fuego y sin importar demasiado haber puesto a su hijo en un riesgo adicional al que ya se había conjurado.

Esta persona tuvo a su favor más del mil por ciento de firmas que el primero. Y sin embargo los medios lo escrutaron de una forma amenazante, incluso con anticipaciones jurídicas que, en cambio para el escolta, surgieron exactamente, al contrario.

El punto es que las representaciones en que se basa el sentido no sólo son distintas sino opuestas.

Debemos observar que el sentido de justicia es una relación con unas representaciones especiales (Wittgenstein: 2002). Por lo que no puede reducirse a significado (Barthes: 2010); como tampoco a esencia (Luhmann: 2005; Kelson: 1987; Saint Exupéry: 1998). Ni mucho menos a trascendencia (Husserl: 2013).

Tampoco el sentido se reduce a orientación ni a la causa o al efecto de algo, más bien se explica por la identificación que forja una sociedad con sus dogmas (Martínez Montúfar: 2017), que son opciones o lugares ideales en que se encuentran principios-contraprincipios, valores-contravalores, deseos-repudios, etc., y que configuran en abstracto todo aquello que una sociedad prescribe como lo que "debe ser" y lo que "no debe ser".

No en vano la crisis de la concepción de la *cultura* como prácticas repetidas (Geertz: 2003), que dio paso a las convergencias de sentido (Geertz: 1987), tal y como inicialmente lo formuló Lévy-Strauss (1985).

Por ello mismo es que el sentido es social (Van Schooten: 1996). Sin que lo cuestione a ausencia de un acuerdo social absoluto o mayoritario (Foley: 2002).

Tal y como lo concluyó Warley (2007) comentando a Peirce¹, "En cualquier caso, se trata de la vida de los hombres entendida como ese flujo de sentido que se crea y se recrea y que nunca se detiene" (p. 9).

Como consecuencia es inevitable desasociar el sentido a alguna creencia social (Schooten: 2003), De donde la posibilidad de que algo adquiriera sentido compromete siempre algún tipo de creencia, más aún, todo aquello carente de sentido es aquello en lo que una comunidad no puede creer.

Luego, el sentido de justicia consiste en la identidad con unas representaciones especiales, respecto de las cuales establece un cierto tipo de correspondencia.

Para efectos del proceso se trata de un algo más que puede inclinar al juez hacia cierta concreción del orden legal, a cuyos términos en todo caso tiene que ajustarse, dejando el segundo orden dentro del contenido de su sentencia, frecuentemente callado, silencioso, transparente y/o inaprehensible. Por lo que rastrearlo a través de la sentencia suele ser bastante difícil.

Y si el sentido es por esencia social, ese segundo orden va a depender del papel que juega la sociedad en el proceso, teniendo en consideración precisamente que cada modelo político lleva a un cierto enfoque procesal (Bernal Castro: 2013).

Qué tanto participe en la constitución de la sentencia depende de ser un actante ordinario dentro del proceso, o un actante extraordinario que habla por fuera del proceso.

5. EL MODELO PROCESAL

En un modelo procesal encauzado por un juez científico del derecho, típico de los procesos inquisitoriales, no admite la opción de construcción social de la realidad, sino que desentierne esa única realidad o verdad, que por esencia no puede ser otra, pese a lo resistente que se ofrezca en ser descubierta (Moya Varga: 2015; Berger & Luckmann: 1986).

En cambio, en los procesos acusatorio-adversativos la sociedad tiene voz, acecha, controla, limita, asedia y cuestiona (Moya Vargas: 2013; Moya Vargas & Bernal Castro: 2015). De ahí la preferencia por la jurisprudencia como fuente de derecho, pues ya ha pasado por el filtro social anticipando la justicia de la nueva causa (Jackson: 1996).

En este modelo procesal las partes pulsán por hacer de su propia narrativa la sentencia, es decir la verdad, se arman de ejércitos de expertos, investigadores, profesionales, etc., que prodigan de razones fértiles a las respectivas narrativas, para que resulten más afines al sentido social de justicia (Frederick, 2012).

Es abductivo porque la narrativa es siempre nada más que una hipótesis, cuya probabilidad es tan aleatoria que su consistencia depende de la autoridad con que el juez la declara (Silva García: 2011b). Similar a la atribución de significación a las pruebas (Romero Infante: 2017), que hace de la sentencia un metacódigo para los signos de responsabilidad o de inocencia.

La única certeza de la premisa es existir en el proceso. Pero la certeza de la hipótesis en cuya base refule "esto fue lo que pasó", es absolutamente aleatoria. Nunca adquiere certeza, como los significados surgen con posterioridad al *representamen* de los signos probatorios, siempre dará lugar a un grado de credibilidad suficiente que, informado de la potestad del juez, completa su entidad institucional -que no de seguridad de lo ocurrido científicamente hablando.

En las prácticas procesales afines al enfoque acusatorio-adversativo, el juez no juega con las representaciones sociales, en su lugar lo hacen las partes. Pero el juez puede escoger la que mejor corresponda con ellas.

¹ El artículo apareció en 1878 en el *Popular Science Monthly*, bajo el título "How to Make Our Ideas Clear"

De donde deban otorgarle tanta importancia a la forma, encubierta bajo una aparente amplitud consecuencia de la predominante oralidad de las audiencias y, de la presencia social a través de figuras como el jurado de conciencia.

Precisamente, el modelo procesal opuesto, es decir el inquisitorial lo caracteriza lo contrario. En él las formas ceden a la necesidad de asegurar la justicia material, fruto inevitable de esa llamada "verdad verdadera", de la cual se ocupan unos expertos que a la manera como lo formula la teoría de los campos, excluye a los legos, es decir a la sociedad, y hace del derecho y su efecto la justicia, algo supremamente técnico (Espitia: 2010; Schmidt: 2006; Maier: 2002; Roxin: 2000).

El sentido de justicia es operativo siempre, pero mientras los procesos acusatorio-adversativos son característicamente abiertos a él, los inquisitoriales carecen de dispositivos afines, y en cambio sugieren ser impermeables (Carvajal Martínez, 2016; Silva García: 2006). Lo cual explica la preferencia por los segundos en modelos políticos antidemocráticos, conforme se evidencia desde Diocleciano hasta nuestros días (Velandia Montes: 2015a, 2015b; Ávila & Pérez-Salazar: 2011; Moya Vargas: 2007; Silva García: 2003; 2001; 2000; 1998).

6. CONCLUSIONES

La existencia de un espacio jurídico -que no un campo, donde sucede la especialidad y la exclusión anunciadas por Bourdieu, corresponde exclusivamente al canal de comunicación judicial. Para estos efectos, el proceso judicial es al derecho, lo que el quirófano a la medicina.

Y así como la salud desborda los límites del quirófano, la justicia es mucho más allá de los procesos judiciales.

Es así por cuanto los modelos o enfoques procesales no son la justicia, sino el lugar de su realización en versión técnica. La justicia procede de las entrañas sociales como un sentido que le pertenece, y los jueces pueden abrirla en sus decisiones conforme se los facilite o dificulte los modelos procesales.

Cuando ese sentido puede circular sin oposiciones institucionales, es más probable que el enfoque acusatorio-adversativo le permita al juez convertirlo en sentencia. En cambio, en los modelos inquisitoriales va a depender exclusivamente de que el juez logre interpretar las fuentes de derecho a su favor.

El destino de la sentencia es el sentido social de justicia -o de injusticia de ser el caso. Para ningún juez es deseable que su sentencia haga parte de las tinieblas del sentido, es decir, que corresponda con lo que su sociedad decodifica como injusto. Así prefiera ceder en anonimato lo que gana en no ser blanco de sospecha, prefiriendo corresponder con la luminosidad del sentido de justicia. Y tenemos razones para considerar que todos los jueces en mayor o menor medida se empeñan en vincular sus decisiones con este sentido, antes que con el de injusticia.

Los modelos procesales le ofrecen al juez una vía arterial que atraviesa el proceso y, resulta idónea para encauzar el sentido social de justicia hasta alcanzar a ser sentencia. En los procesos inquisitoriales depende mucho más del juez, mientras que en los acusatorio-adversativos le permite descansar esa función en las partes.

El juez como ser social, miembro de la comunidad de hablantes está igual que cualquier otro, inmerso en el trasfondo en que la sociedad proyecta su sentido, luego le es connatural circularlo a través del proceso, con las opciones de conclusión en la sentencia que denotamos.

Pudimos traer a colación una situación jurídica manifiesta en dos hechos, uno en que los medios manifestaron el sentido social de una forma favorable al potencial responsable, y todo se volcó hacia una decisión de no responsabilidad, lo cual se manifestó en la decisión judicial sin tropiezo.

Claramente el sentido social de justicia pudo circular fácilmente a través de las opciones ofrecidas por el modelo procesal acusatorio-adversativo.

En el segundo caso las cosas cambiaron significativamente. El sentido fue enriquecido por la intervención de los medios de comunicación, y por cuanto el modelo procesal no resultaba acogedor, reaccionaron abandonando el caso. Pues todo se redujo a un debate técnico, cuyo lugar preferido son los procesos inquisitoriales.

Como este caso llega a un esquema formalmente acusatorio-adversativo, actualmente tiene muchas posibilidades de ir a juicio, y el sentido social de justicia puede ser acorralado por los tecnicismos saturados por las inquietudes jurídicas convocadas. Esto es algo que se acentúa en el caso colombiano, pese a ser normativamente declarado acusatorio-adversativo, pues no tiene implementados canales de expresión a la sociedad. No hay jurado de conciencia y, el fiscal está sujeto a lo que declare el juez finalmente respecto de cada una de sus decisiones.

Materialmente funciona como un proceso inquisitorial, precisamente por el enriquecimiento del sentido social de justicia que es recurrente en este país.

Es decir, los procesos acusatorio-adversativos son preferidos allí donde el sentido social de justicia puede brotar espontáneamente, sin interpretaciones ni intermediarios. Pero donde es enriquecido u obstaculizado no hay otra posibilidad distinta a que ingresen los técnicos del derecho a “resolver” lo que la sociedad no pudo. En este caso el juez va a ser el encargado de darle curso al sentido social, para lo cual no cuenta sino con su propia lectura, siempre que la ley le permita ajustarlo a una interpretación inocente en sí de todo cuestionamiento.

Es así porque en los procesos inquisitoriales el sentido social de justicia depende del juez. La sociedad se halla silenciada por cuanto no le reconoce canales de expresión.

Es la última el tipo de situación en la causa del enriquecimiento del sentido social de justicia, debe ser llevada a juicio, y donde el procesado tendría mejores posibilidades de una decisión favorable, en un proceso inquisitorial. De ahí que, de hecho, Colombia se las haya ingeniado para practicar un proceso inquisitorial dentro de una forma acusatorio-adversativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albornoz, C. (2014). 10 Años del Sistema Penal Acusatorio: ¿Colapso inminente u obstáculos por superar? *Ámbito Jurídico*, Recuperado de, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/educacion-y-cultura/10-anos-del-sistema-penal-acusatorio-colapso-inminente-u>.
- Ávila, A. & Pérez-Salazar, B. (2011). *Mercados de criminalidad en Bogotá*. Taller de Edición Rocca y Corporación Arco Iris. Bogotá.
- Barthes, R. (2010). *Mitologías*. Siglo XXI. México D.F.
- Berger, P.L. & T. Luckmann (1986). *La construcción social de la realidad*. Amorrortu, Buenos Aires.
- Bernal Castro, C. (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.
- Bourdieu, P. & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre, Bogotá.
- Buscaglia, E. (2015). *Deficiencias Principales en los Modelos de Justicia: propuesta de medidas correctoras*. Recuperado de, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2199/7.pdf>. Cfr.

- Carvajal Martínez, J.E. (2016). *La sociología jurídica en Colombia: los antecedentes en las facultades de derecho, organizaciones no gubernamentales y el Estado*. Universidad Libre. Bogotá.
- Carvajal Martínez, J.E. (2015). *Derecho, seguridad y globalización*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Carvajal Martínez, J.E. (2017). Transformaciones del Derecho y del Estado, un espacio de reflexión. *Novum Jus*, 11, (2), pp. 7-12.
- Castro, E. (2017). Principio de igualdad de armas en la Ley 906 de 2004: percepción de los defensores públicos de Cundinamarca. *Novum Jus*, 11, (2), pp. 97-134.
- Espitia, F. (2010). *Instituciones de derecho procesal penal*. Legis, Bogotá.
- Fandiño, M. et al (2017). *Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: Análisis retrospectivo a más de una década*. Recuperado de, <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5595/4/%20-%20Desaf%C3%ADos%20de%20la%20Reforma%20Procesal%20-%20VERS%C3%93N%20DEFINITIVA.pdf?sequence=5&isAllowed=y>.
- Foley, R. D. (2002). Convention as Intention – The Institution in All of Us. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, 15, (4), pp. 431-434.
- Frederick, L. (2012). The Impact of Transformations in National Cultural Identity upon Competing Constitutional Narratives in the United States of America. *International Journal for the Semiotics of Law*, 25, (2), pp. 177-195.
- Geertz, C. (2003). *El Surgimiento de la Antropología Postmoderna*. Gedisa, Barcelona.
- Geertz, C. (1987). *La Interpretación de las Culturas*. Gedisa, Barcelona.
- González Monguí, P.E. (2013). *Los procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre. Bogotá.
- González Monguí, P. E. (2016). Justificaciones de los actores y de las víctimas en el conflicto armado interno colombiano: técnicas de neutralización, en: Fortich Navarro, M.P.; González Monguí, P. E. & Mazuera Ayala, P. (eds.). *Tendencias de historia del derecho y memoria histórica en Latinoamérica*. Universidad Libre, Bogotá. pp. 135-196.
- Husserl, E. (2013). *Ideas relativas a una fenomenología pura y a una filosofía fenomenológica. Libro primero: introducción general a la fenomenología pura*. Fondo de Cultura Económica. México D.F.
- Jackson, B.S. (1996). *Making Sense in Jurisprudence*. Deborah Charles, Liverpool.
- Kevelson, R. (1987). *Charles S. Peirce Method of Methods*. John Benjamins, Philadelphia.
- Langer, M. (2007). Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia. Centro de Estudios de las Américas. 55. Recuperado de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5312-2.pdf>.
- Lévy-Strauss, C. (1985). *Las Estructuras elementales del parentesco*, (II). Planeta Agostini, Barcelona.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la Sociedad*. Herder, México D.F.
- Maier, J. (2002). *Fundamentos*, en: *Derecho procesal penal*. T. I. Del Puerto, Buenos Aires.
- Martínez Montúfar, Á. H. (2017). Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y el neoconstitucionalismo. *Novum Jus*, 11, (2), pp. 19-51.

- Moya Vargas, M.F. (2017a). Semiótica de la justicia: opción metodológica del derecho, en: *Teoría del Derecho Contemporáneo*. Universidad La Gran Colombia, Bogotá. pp. 79-122.
- Moya Vargas, M.F. (2017b). *Fundamentos semióticos para la investigación jurídica*. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. & Bernal Castro, C. A. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2013). Óptica, episteme y orígenes del principio de congruencia en el proceso penal. *Sociología del Derecho*, (2), pp. 37-64.
- Moya Vargas, M.F. (2010). *Una Manifestación de política penal aplicada: el procesamiento de personas ausentes en la Ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo-Imprenta Nacional. Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2015). *Producción probatoria de la verdad*. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2012). *La verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2008). La transvaluación: sus posibilidades como categoría de análisis en la investigación sociojurídica. *Novum Jus*, 2, (1), pp. 33-68.
- Moya Vargas, M.F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Universidad Santo Tomás. Bogotá.
- Pérez-Salazar, B. (2011). Justicia y paz en Cundinamarca y Bogotá: balance regional de la ley de justicia y paz, en: *La desmovilización de los paramilitares en Colombia. Entre el escepticismo y la esperanza*. Universidad de Los Andes, Bogotá, pp. 397- 422.
- Razquín Fraile, M. (2018). Sobre el debate de la posesión de armas en los EEUU: más allá del dilema del prisionero. Recuperado de, <https://www.naiz.eus/es/iritzia/articulos/sobre-el-debate-de-la-posesion-de-armas-en-los-eeuu-mas-alla-del-dilema-del-prisionero>.
- Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4ª ed., Temis, Bogotá.
- Romero Infante, J. (2017). La Prueba Judicial: una aproximación realista. *Novum Jus*, 11, (2), pp. 53-80.
- Rosales, E. (2005). Sistema penal y relegitimación procesal, en: Briceño-León, R. (Comp.). *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*. CLACSO, pp. 289-311. Recuperado de, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/violencia/rosales.pdf>
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 25ª ed., Del Puerto, Buenos Aires.
- Saint-Exupéry, A. de (1998): *Ciudadela*. 2ª ed., Alba, Barcelona.
- Sánchez, I. (2018). ¿Fracasó el sistema penal acusatorio? CENCOS, Recuperado de <http://cencos.com.mx/2018/01/fracaso-el-sistema-penal-acusatorio/>.
- Schmidt, E. (2006). *Los Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Vandenhoeck und Ruprecht. Göttingen.
- Schooten, H. van (2003). Freedom of Expression in the Dutch Constitution: Censorship and Sense Construction. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, 16, (2), pp. 139-154.
- Schooten, H. Van (1996). The Meaning of Law as Instrument. *International Journal for the Semiotics of Law*, 9, (1), pp. 95-108.

- Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. pp. 845-863.
- Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Silva García, G. (1998). Delito político y narcotráfico, en: *La problemática de las drogas. Mitos y realidades*. Universidad Externado de Colombia y Proyecto Enlace del Ministerio de Comunicaciones, Bogotá. pp. 65-90.
- Silva García, G. (2000). Una revisión del análisis económico sobre el derecho, *Economía Institucional*, (2), pp. 173-196. Bogotá.
- Silva García, G. (2001). *Las prácticas jurídicas*, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T. II. Universidad Externado de Colombia e ILSA. Bogotá.
- Silva García, G. (2003). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 323-352.
- Silva García, G. (2006). La administración de justicia: ¿escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables? *Revista Colombiana de Sociología*. (26), pp. 105-123.
- Silva García, G. (2006). Prospectivas sobre la educación jurídica, en: Pérez Perdomo, R. & Cristina Rodríguez, J. (coords.). *La formación jurídica en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 29-100.
- Silva García, G. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2011b). *Criminología. Teoría sociológica del delito*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, (19), 159-182.
- Silva García, G. & Díaz, M. F. (2015). ¿Justicia penal o justicia premial? Un análisis sociojurídico sobre la justicia penal en Colombia, en: *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. pp. 109-137.
- Urofsky, M. I. (2018). *Supreme Decisions. Great Constitutional Cases and Their Impact, since 1896*. Vol. II. Routledge.
- USAID, (2005). *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual general para operadores jurídicos*. USAID: Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, Bogotá.
- Vargas Viancos, J.E. (2008). La Nueva Generación de Reformas Procesales Penales en Latinoamérica. *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, (3), pp. 33-47.
- Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. I, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. II, ILAE, Bogotá.

Velandia Montes, R. (2017). Eficacia del sistema penal y cambios normativos: apuntes a propósito de la reforma a la ley 906 de 2004, en: *Reforma al sistema penal colombiano y el estudio del principio de congruencia*. Universidad La Gran Colombia, Bogotá, pp. 27-64.

Warley, J. (2007). *Semiótica de los medios. Signo, representación, ideología, política*. Biblos, Buenos Aires.

Wittgenstein, L. (2002). *Tractatus Logico-Philosophicus*. 3ª ed., Tecnos, Madrid.

Noticias de prensa y radio

A-M de Querétaro (2016). Colabora USAID para la implementación del sistema penal acusatorio, edición del 21 de mayo de 2018. Recuperado de, <http://amqueretaro.com/queretaro/2016/04/17/colabora-usaid-para-la-implementacion-del-sistema-penal-acusatorio>.

BBCMundo, (2018). Donald Trump sugiere armar a los maestros de Estados Unidos para evitar los ataques como el tiroteo a una escuela de Florida. *BBC Noticias internacionales*, edición del 22 de febrero de 2018, p. 1. Recuperado de, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43150311>.

Caracol, (2018). Escolta mató en plena autonorte a asaltante que estaba robando a una conductora. *Noticias*, edición del 31 de enero de 2018, p. 1. Recuperado de <https://noticias.caracoltv.com/bogota/escolta-mato-en-plena-autonorte-asaltante-que-estaba-robando-una-conductora>.

Caracol, (2018). Fiscalía podría judicializar a conductor que atropelló a fleteros: abogado. *Caracol Radio*, edición del 26 de marzo de 2018, Recuperado de, http://caracol.com.co/emisora/2018/03/26/medellin/1522076813_413041.html

LaFM, (2018). Víctima de fleteros persiguió y atropelló ladrones en Medellín.

LaFM, Edición del 25 de marzo de 2018, p. 1. Recuperado de, <https://www.lafm.com.co/regional/victima-de-fleteros-persiguió-y-atropello-ladrones-en-medellin/>.

Pulzo, (2018). A la cárcel, ladrón atropellado por conductor al que asaltó en Medellín. *Pulzo Nación*, edición del 28 de marzo de 2018, p. 1. Recuperado de, <http://www.pulzo.com/nacion/carcel-asaltante-arrollado-por-su-victima-medellin-PP461648>.

RCN Radio, (2018). Víctima de robo que atropelló a ladrones en Medellín podría enfrentar cargos. *RCN Radio*, edición del 25 de marzo de 2018, p. 1. Recuperado de, <https://www.rcnradio.com/colombia/antioquia/victima-de-robo-que-persiguió-y-atropello-ladrones-podria-enfrentar-cargos-por>.

RCN (2018). Así fue como escolta disparó a un atracador en Bogotá. *RCN Radio*, edición del primero de febrero de 2018, p. 1. Recuperado de, <https://www.rcnradio.com/bogota/habla-el-escolta-que-le-disparo-a-un-ladron-en-bogota>.

Semana (2018). Hombre arrolló fleteros en Medellín, Legítima defensa o vendetta? *Revista Semana*, edición del 26 de marzo de 2018, p. 1. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/hombre-arrollo-a-fleteros-en-medellin-legitima-defensa-o-vendetta/561678>.

Wradio (2018). Firmatón para impedir procesar a víctima de fleteo que atropella atracadores. *WRADIO*, edición del 28 de marzo de 2018, p. 1. Recuperado de, <http://www.wradio.com.co/noticias/regionales/firmaton-para-impedir-procesar-a-victima-de-fleteo-que-atropella-a-atracadores/20180328/nota/3730018.aspx>.

BIODATA

Manuel Fernando MOYA VARGAS: Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia y Abogado. Docente Investigador en el Grupo de Investigaciones Conflicto y Criminalidad. Este artículo procede del desarrollo de las investigaciones que ha ejecutado el Grupo en materia de proceso penal y comunicación.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.65-78
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Construcción de paz en el orden del derecho transnacional penal: El caso colombiano

Peace Building in the Order of Transnational Criminal Law: The Colombian Case

Bernardo PÉREZ-SALAZAR

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2330-646X>

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1772945>

RESUMEN

En el orden del derecho transnacional penal, la simplificación de la extradición disuelve los límites de lo aceptable en la lucha contra la impunidad transnacional. Progresivamente se erosionan la protección judicial del derecho al debido proceso y a juicios imparciales en aras de la eficacia de decisiones políticas presuntamente orientadas al imperio de la ley. La expansión tanto de recursos como del alcance global de las agencias de ley y orden (*law enforcement agencies*) es corolario este proceso. La desestabilización de la implementación de los acuerdos de paz en Colombia es un costo de este nuevo orden.

Palabras clave: Colombia, construcción de paz, derecho transnacional penal, simplificación de la extradición.

ABSTRACT

Under the order of transnational criminal law, simplification of extradition dilutes the limits of what is acceptable to fight against transnational impunity. Judicial protection of the right to due process and fair trials are continuously eroded in the interest of efficacy of policy decisions purportedly aimed to warrant the rule of law. The expansion of both resources and the global scope of law enforcement agencies is a corollary to this process. The destabilization of the implementation of peace agreements in Colombia is a cost of this new order.

Key words: Colombia, peacebuilding, simplification of extradition, transnational criminal law.

Recibido: 26-06-2018 • Aceptado: 15-07-2018



Utopía y Praxis Latinoamericana publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported (CC BY-NC-SA 3.0). Para más información diríjase a https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/deed.es_ES

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza las consecuencias de la simplificación de la extradición para ilustrar un efecto visible de la instauración del orden del derecho transnacional penal: la erosión de la protección judicial del derecho al debido proceso y a juicio imparcial en aras de la eficacia de decisiones políticas orientadas a garantizar el imperio de la ley y la lucha contra la impunidad transnacional (Rivera-Lugo: 2012; Bowling Sheptycki: 2015; Boister: 2017). Específicamente, analiza las repercusiones de este fenómeno en el contexto de la fase inicial de la implementación de los acuerdos de paz suscritos entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (FARC-EP), acuerdos que han sido objeto de críticas en el sentido que sus contenidos presuntamente amparan la impunidad de los miembros de ese grupo alzado en armas, desconociendo el carácter de justicia transicional propio de sus disposiciones (Velandia Montes: 2016).

Sostiene que la simplificación de instrumentos de derecho transnacional penal como la extradición ha erosionado garantías judiciales como el debido proceso y los juicios imparciales y, en el caso colombiano, subordinando objetivos supremos como el derecho a la paz a decisiones políticas que orientan la acción transnacional de las agencias de ley y orden (*law enforcement agencies*) estadounidenses, y se toman por los medios masivos de comunicación colombianos como parámetros para condenar de antemano a los implicados (Bernal Castro: 2013; Moya Vargas: 2016). Así se aclimata la legitimidad y legalidad transnacional, por ejemplo, de preparar y ejecutar operaciones dirigidas a inducir situaciones de encuadre como pruebas de conductas criminalizadas mediante agentes encubiertos, con la finalidad de asegurar la custodia de blancos que el Departamento de Justicia de ese país busca solicitar en extradición (Andreas & Nadelmann: 2006; Bowling & Sheptyki: 2012; 2015); o de avalar acusaciones formuladas por fiscales parcializados ante un *grand jury*, sin supervisión judicial alguna que verifique garantías procesales (Leipold: 1995; Hafetz & Pellettieri: 1999, Bernal Castro: 2013); o de condenar y sancionar a personas entregadas en extradición por delitos distintos a los originalmente imputados en las solicitudes de extradición autorizadas (Klein: 2006; Brown: 2018).

En este orden transnacional global, ocurre la desestabilización de la implementación de los acuerdos de paz en Colombia, como consecuencia de una operación encubierta en contra de uno de los miembros de la cúpula de la organización política creada luego de los acuerdos de paz entre el gobierno colombiano y la FARC-EP, con el objetivo de inducirle a encuadrarse en situaciones que sirvieran como prueba de su participación en la conspiración para importar ilícitamente cocaína a Estados Unidos de América (EUA). Al respecto, conviene destacar que el gobierno de ese país aún retiene a exintegrantes de esta organización político-militar, ya disuelta, en su listado de quienes pertenecen a organizaciones de crimen transnacional (TOC en inglés). La referida operación se orquestó con inteligencia y agentes aportados por el estado colombiano a la *Drug Enforcement Agency* (DEA) que depende del Departamento de Justicia de EUA.

Luego de un breve recuento de los antecedentes de este caso, el artículo reseña a la luz de la teoría del derecho transnacional los alcances de los instrumentos penales utilizados en este caso, sin soslayar que en la gran mayoría de los casos conducidos por vía de la extradición las autoridades judiciales colombianas se desentienden en forma deliberada de la obligación que tienen de investigar los delitos que se ejecutan en el país, sin que existan ninguna regla jurídica que permita a la autoridad optar discrecionalmente por la extradición y el juzgamiento del mismo hecho en el exterior (Silva García: 2001; Moya Vargas: 2011). Enseguida se ilustra la simplificación de condiciones sustantivas y de procedimientos de la extradición con un ejemplo tomado del ordenamiento legal estadounidense en el que se fusionan poderes legislativos, judiciales y administrativos, habilitando así *el uso de la ley contra la ley*, para asegurar la eficacia transnacional de sus agencias de ley y orden. Sobre estas bases, se examina con algún detalle los efectos erosivos de dicha simplificación en prácticas regularmente observadas en los procesos de extradición

administrativa de nacionales colombianos a EUA. Al final se ofrecen algunas conclusiones sobre el efecto de la expansión global del poder de las agencias de ley y orden en el proceso de construcción de paz en Colombia (Moya Vargas: 2017a; 2017b).

2. ANTECEDENTES

Desde el 1 de diciembre de 2016, se inició la fase de implementación de los acuerdos de paz suscritos entre el Gobierno de Colombia y el grupo guerrillero denominado FARC-EP para la terminación del conflicto armado interno. En abril de 2018, Interpol expidió una Circular Roja contra Seuxis Paucis Hernández-Solarte, alias Jesús Santrich, uno de los integrantes de la cúpula guerrillera que negoció el acuerdo, declarándolo prófugo solicitado por EUA en un proceso penal por narcotráfico internacional. Según la acusación del fiscal federal del Distrito Sur de Nueva York, Geoffrey Berman, avalada por un *grand jury*, Santrich junto con otras tres personas habría conspirado con el llamado "cartel" de Sinaloa para importar a los EUA diez toneladas de cocaína.

Como lo señala Germán Silva García (1997), la aplicación del término "cartel" a estructuras criminales dedicadas al narcotráfico internacional es producto de una construcción social que busca demonizarlas en la mente del público, fomentada por las agencias de ley y orden estadounidenses para reforzar su importancia misional al igual que la de su participación en toda suerte de fuentes de ingreso para cumplir su cometido de luchar contra la impunidad y garantizar el imperio de la ley. Los encausados habrían suministrado varios kilos de cocaína a quien suponían sería emisario de dicha organización de crimen transnacional, como muestra de su acceso a laboratorios para la entrega de toneladas métricas de la sustancia, al igual que la disposición de aeronaves registradas en EUA para el transporte de la droga.

De acuerdo con la información conocida en medios de comunicación sobre el asunto, la circular de Interpol se soportó en información obtenida mediante una operación encubierta realizada con uso intensivo de inteligencia, comúnmente utilizada por las agencias de ley y orden de EUA en contra de blancos predeterminados para encuadrarlos en situaciones inducidas que sirvan como prueba para soportar acusaciones criminales en su contra, facilitando así el aseguramiento de su custodia para la posterior extradición. La utilización de listas para la detección y elección de blancos para la persecución judicial en la guerra de las agencias de ley y orden de EUA contra organizaciones criminales transnacionales está claramente documentada en documentos del gobierno de ese país. (U.S. Office of National Drug Control Policy: 2005). Adicionalmente, en el caso de hombres negros víctimas de brutalidad policial en EUA ha sido documentado académicamente en el análisis y discusión de la utilización por parte de las agencias de ley y orden de ese país de antecedentes penales previos para justificar con posterioridad sus propias acciones ilícitas de dichas agencias (Smiley & Fakunle: 2016). Al respecto, Pablo Emilio González Monguí (2016), analiza las diversas "técnicas de neutralización" que utilizan las autoridades, la sociedad, los medios de comunicación y en ocasiones las propias víctimas para justificar ante la opinión sus comportamientos y neutralizar percepciones negativas sobre hechos que delatan divergencias.

La crisis gestada por opositores y gobierno en el proceso de implementación de los acuerdos de paz en Colombia se agudizó a raíz de esta operación; la reacción inicial de algunos analistas fue desestimar el asunto como daño colateral del imperativo de la lucha contra la impunidad.

La operación fue realizada por una unidad denominada *Sensitive Investigative Unit* (SIU en inglés), vinculada a la DEA; comúnmente esa agencia de ley y orden estadounidense utiliza estas unidades para desarrollar operaciones investigativas en el marco de lo que denomina su estrategia de ataque organizacional contra estructuras criminales transnacionales (U.S. Department of Justice: 2007).

En Colombia, las unidades SIU operan en el marco de operaciones antidrogas de la DEA desde 1997. Según un informe de auditoría sobre las operaciones investigativas realizadas por esa agencia elaborado por

la Oficina del Inspector General del Departamento de Justicia de EUA, fechado en 2007, para entonces en Colombia operaban siete unidades SIU que en su conjunto reunían 203 integrantes; en su mayoría eran agentes de inteligencia nacionales y habrían recibido entrenamiento en la sede de la DEA en Quantico, EUA, al igual que recursos para cubrir costos de las operaciones realizadas y equipos utilizados en el desarrollo de actividades investigativas. En ese momento las unidades SIU en Colombia eran coordinadas por 10 agentes de la DEA, a cargo de practicar periódicamente estudios de seguridad de cada agente de estas unidades para asegurar que no se comprometían sus actividades investigativas (*Ibidem*).

En el caso de Santrich, la operación incluyó a un exintegrante del grupo guerrillero desmovilizado, Marlon Marín, sobrino de otro negociador de la FARC-EP, Luciano Marín, alias Iván Márquez. Según los medios de comunicación, el Marín más joven aparentemente participó del operativo en calidad de informante de la DEA y habría sido el encargado de inducir a Santrich a entrar en contacto con miembros del denominado cartel de Sinaloa y de vincularlo a conversaciones telefónicas interceptadas y presentadas por la Fiscalía General de la Nación colombiana como soporte para privar a Santrich de la libertad para su posterior extradición a EUA. Tan pronto eso sucedió, Marlon Marín formalizó un acuerdo con la DEA para declarar en contra de Santrich en EUA. Para lograr su libertad, el gobierno de EUA se abstuvo de oficializar los trámites de solicitud de extradición del Marín más joven, quien de inmediato viajó a EUA en calidad de testigo protegido de la DEA. Días después de su viaje, el nombre del informante fue retirado del registro del *Federal Bureau of Prisons*, la dependencia del Departamento de Justicia a cargo de prisiones, por lo cual se especula que estaría en libertad condicional y en proceso de cambio de identidad.

Las SIU operan en Colombia desde hace más de dos décadas, tiempo durante el cual han desarrollado numerosas operaciones encubiertas similares a la relatada arriba. Por consiguiente, Santrich en su condición de ex integrante del grupo guerrillero recientemente desmovilizado, probablemente subestimó la amenaza de una operación de ataque organizacional en su contra por parte de la DEA. Pero también falló el Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política (SISEP), consignado en el punto 2 del Acuerdo Final para asegurar las máximas garantías posibles de quienes opten por ejercer la oposición política luego de su desmovilización como integrantes de la FARC-EP, como es el caso de Santrich. Desmanteladas las capacidades de inteligencia y contrainteligencia de la FARC-EP luego de su desmovilización como aparato militar, corresponde a la SISEP velar por la protección de los integrantes de la nueva organización política que emergió de los acuerdos de paz, frente a amenazas como las conocidas operaciones encubiertas por las agencias de ley y orden estadounidenses en territorio colombiano. Teniendo conocimiento oficial de esa amenaza específica, el estado colombiano fue negligente en la protección del interés superior de las y los colombianos representado en la consolidación de la implementación del acuerdo final de la negociación política para la terminación del conflicto armado interno con la FARC-EP (Cáceres Mendoza: 2013; Agudelo Giraldo & Galán: 2015).

3. EL ORDEN DEL DERECHO TRANSNACIONAL PENAL Y EL CONTROL DE LAS AGENCIAS DE LEY Y DE ORDEN

El derecho transnacional es producto de procesos complejos. La responsabilidad de los estados de proteger a las poblaciones dentro de sus fronteras, la responsabilidad penal de las personas por delitos contra el derecho internacional, y la obligación de extraditar o enjuiciar son todos principios fundados en instrumentos multilaterales y convenciones adoptados para proteger valores de alta estima para la comunidad internacional (Finnemore & Sikkink: 1998). En este marco general, la noción de derecho transnacional refiere las normas legales cuya aplicación se importa o exporta a través de fronteras nacionales, cuyo origen bien puede hallarse en convenios internacionales o en codificaciones legales nacionales (Moya Vargas: 2013). En un sentido amplio, el derecho transnacional se ocupa de actividades, situaciones y normas jurídicas que

trascienden las fronteras nacionales, y que se anidan en los resquicios que quedan entre las normas nacionales y las internacionales. A veces, estas situaciones problemáticas se resuelven mediante nuevos tratados internacionales; otras mediante leyes nacionales que se aplican a eventos que ocurren fuera de las fronteras de un estado y tienen efectos dentro de él (Boister: 2003; Carvajal Martínez: 2011; Schaffer: 2013; Halliday & Schaffer: 2015; Bernal Castro: 2015).

El caso de Santrich y su impacto sobre el proceso de implementación de los acuerdos de paz, pone de manifiesto la naturaleza ambigua del derecho transnacional penal en cuanto concierne el control sobre las agencias de ley y orden cuyo accionar traspasa fronteras nacionales, como sucede en este caso con la DEA. El problema fue identificado desde principios de este siglo, al observarse el efecto erosivo de la criminalidad transnacional sobre las fronteras jurisdiccionales de los ordenamientos jurídicos nacionales, y el impulso que esta situación dio al accionar transnacional de las agencias de ley y orden, en desmedro de los derechos humanos y de los sistemas de control judicial (Boister: 2003; Zedner: 2007).

En este caso particular, por ejemplo, cabe preguntar si efectivamente las operaciones encubiertas realizadas sirvieron para identificar a personas involucradas en una organización criminal transnacional, como lo prevé la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Moya Vargas: 2010); o si por el contrario, fueron utilizadas para inducir engañosamente a un blanco que pertenece a una organización declarada de antemano como organización criminal transnacional por EUA, a encuadrarse en una situación que permita asegurar su custodia y extradición a EUA (Carvajal Martínez: 2010). En este último escenario, el derecho transnacional penal serviría como marco para aclimatar la legalidad y legitimidad de utilizar ardides y falsedades en aras de abonar el imperio de la ley y lucha contra la impunidad transnacional; noción que por demás está basada en juicios de valor y apreciaciones valorativas, producto de procesos de construcción de la realidad ampliamente cuestionados en la literatura (Silva García: 2001a; Zedner: 2007; Schaffer: 2013; Velandia Montes: 2015; Halliday & Schaffer: 2015).

En el caso en consideración, además del intento consciente, concertado, conspirado y acordado de importar cocaína ilícitamente a EUA, la principal conducta referida en la acusación del fiscal federal Geoffrey Berman, avalada por un *grand jury*, es que Santrich y sus asociados incurrieron en la manufactura y distribución de una sustancia controlada con la intención, conocimiento y causa razonable para creer que dicha sustancia sería importada de manera ilícita a los EUA (U. S. Court Southern District of New York, sin fecha). Esta conducta está criminalizada mediante la ley pública de EUA 114-154 (05/16/2016), que forma parte del estatuto penal estadounidense, y cuyo encabezado reza “to provide the Department of Justice with additional tools to target extraterritorial drug trafficking activity, and for other purposes” (U.S. Congress: 2015-2016)¹.

Claramente se observa en el encabezado de esta ley la intención de habilitar la acción extraterritorial de las agencias de ley y orden estadounidenses. Herramientas legales como esta, anudadas a técnicas policivas como las referidas operaciones encubiertas y el trámite de la extradición, con base en acusaciones y pruebas manipuladas por fiscales parcializados ante un *grand jury*, sin supervisión judicial alguna, son parte del orden que el derecho transnacional penal legitima y legaliza (Carvajal Martínez: 2017; Mendoza Perdomo: 2017).

Aquí cabe recordar que desde 1995 el presidente de EUA, Bill Clinton, definió al crimen transnacional como una amenaza a la seguridad nacional de ese país. Desde entonces, invocando el marco de los poderes ejecutivos contemplados en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en lo relativo a acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, el Departamento de Justicia esgrime su facultad de garantizar la autodefensa internacional de la seguridad nacional de EUA, actuando proactivamente para reprimir presuntas actividades extraterritoriales que considera amenazas en su contra. Con este amparo, en el pasado el gobierno de ese país desarrolló lenguaje y justificaciones normativas de

¹ “Una ley para proveer al Departamento de Justicia con herramientas adicionales para enfilar actividades extraterritoriales de tráfico de estupefacientes, y otros propósitos”.

naturaleza transnacional como las figuras de *enemy combatant*² (Maxwell Watts: 2016); o *enhanced interrogation*³ (Fraser: 2012), utilizadas en las guerras de EUA contra Afganistán e Iraq, para desconocer tanto el DIH aplicable a prisioneros capturados en combate, como la prohibición internacional de la tortura. La figura de *cocaine importation conspiracy*, que aparece en la acusación contra Santrich, es otro fruto de la ingeniería legal estadounidense diseñado para fusionar poderes legislativos, ejecutivos y judiciales en el ámbito del derecho transnacional penal, presuntamente con el fin de anticipar una conducta criminalizada, proteger la seguridad nacional de EUA, y combatir la impunidad del crimen transnacional y el terrorismo global.

La utilización de operaciones encubiertas como las referidas más arriba, en cuya planificación se utiliza el mismo ciclo que en acciones terroristas según los manuales oficiales de contraterrorismo del Ejército de EUA (U.S. Army Training and Doctrine Command: 2007), también se justifica en la noción que en condiciones excepcionales resulta admisible que la ley manipule o anule otras disposiciones legales que limitan el uso de ardides y falsedades, como acción legítima para materializar decisiones políticas estadounidenses (Sands: 2005; Ericson: 2007).

El caso en referencia es ejemplo patente de la instrumentalización de la criminalización de acciones de divergencia social seleccionadas en el marco de políticas públicas (Silva García: 2006; 2012; González Monguí: 2013; Silva García: 1999; González Monguí: 2014; Silva García: 2000). Por esta vía, el principio del imperio de la ley constantemente se reemplaza por la eficacia de decisiones políticas como criterio validador de la propia ley. En este contexto, las agencias de ley y orden estadounidenses continuamente amplían sus avales legislativos, judiciales y administrativos para utilizar los medios necesarios en el logro eficaz de las decisiones políticas del gobierno de ese país. Así, *utilizando la ley contra la ley*, el poder de las agencias de ley y orden se expande en contravía de principios de la justicia como el debido proceso (Sands: 2005; Andreas & Nadelmann: 2006; Brodeur & Leman-Langlois: 2006; Ericson: 2007; Rivera Lugo: 2012; Boister: 2015).

A medida que crecen sus poderes legales, judiciales y administrativos, al igual que las fuentes de recursos materiales a su disposición, estas agencias concentran el foco en asegurar la eficacia de las decisiones políticas que justifican su existencia: la lucha contra la impunidad del crimen transnacional. Simultáneamente, con su accionar transnacional erosionan las garantías judiciales para proteger de daños a personas e instituciones provocados por decisiones políticas que éstas instrumentalizan al amparo del derecho transnacional penal.

Desde un punto de vista teórico, conviene analizar los eventos examinados en este artículo a la luz de la teoría sociológica del conflicto (Silva García: 1996; 2011a), respecto de las definiciones del crimen, la construcción de nociones de impunidad, la utilización del derecho como instrumento de políticas que pretenden la materialización de intereses e ideologías de ciertos grupos, la utilización de vías alternas para tratar y sancionar a los adversarios, remontando las garantías del debido proceso, el uso del derecho penal e internacional para neutralizar a rivales políticos.

Así sucedió en el ya convulsionado escenario de la implementación de los acuerdos y la construcción de paz en Colombia. En este caso, las autoridades judiciales y administrativas colombianas optaron por poner su capacidad de inteligencia a disposición de la operación orquestada por el Departamento de Justicia de EUA, dejando extraviado su compromiso de proteger y resguardar a una persona protegida por el acuerdo, así como el bien superior del derecho a la paz ante una flagrante agresión transnacional.

² Enemigo combatiente; traducción del autor.

³ Interrogatorio intensificado; traducción del autor.

4. LA SIMPLIFICACIÓN DE LA EXTRADICIÓN Y LA EROSIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN EL CASO COLOMBIANO

En esta sección se presentan algunos ejemplos tomados de la experiencia colombiana con la extradición administrativa de nacionales requeridos por la justicia penal de EUA, en los cuales se evidencia la manera como la simplificación de la extradición erosiona principios elementales de justicia, entre ellos el derecho a la protección judicial, y el debido proceso. No se hará mención adicional a lo ya referido en relación con las operaciones encubiertas con fines de asegurar la custodia de blancos predeterminados con fines de extradición. El foco se centra aquí en mecanismos como el aval de acusaciones y pruebas manipuladas por fiscales parcializados ante un *grand jury* sin supervisión judicial alguna para verificar garantías procesales, y la condena y sanción de personas entregadas en extradición por delitos distintos a los originalmente imputados en las solicitudes de extradición autorizadas.

Para comenzar, una breve reflexión sobre la figura de la extradición como mecanismo activo de derecho penal transnacional, y en particular, su utilización en el ordenamiento jurídico colombiano. En el pasado en el ámbito internacional la extradición estuvo constreñida por desconfianzas políticas entre estados heredadas del siglo XIX, usualmente materializadas en condiciones sustantivas ligadas a garantías procesales, el debido proceso judicial, la prohibición de la tortura, la protección frente a la aplicación pena de muerte, y el tratamiento penitenciario en la pos-condena, entre otros temas.

La prohibición de extraditar nacionales ha sido una tradición en el sistema jurídico colombiano y no, como muchos creen, resultante de un asalto de las mafias narcotraficantes a la Asamblea Nacional Constituyente, que incluyó esa prohibición en el artículo 35 de la Constitución de 1991. En efecto, el inciso final del artículo 9° del Código Penal de 1936 (Ley 95 de 1936), vigente hasta 1981, señalaba: "No se concederá la extradición de colombianos ni la de delincuentes político-sociales". El Código Penal de 1980 (Decreto 100 de 1980) autorizó la extradición de nacionales cuando así se estableciera en tratados internacionales ratificados por Colombia. Curiosamente, mientras se discutía la adopción de ese código, se discutía también el tratado de extradición con EUA, que contempla la extradición de nacionales.

En todo el mundo, durante las últimas décadas las condiciones sustantivas y de procedimiento reconocidas generalmente en relación con la extradición se han venido erosionando de manera creciente, en gran medida por el papel pasivo que han jugado las autoridades judiciales en su función de supervisión y seguimiento de estos procesos (Moya Vargas: 2015; Bernal Castro & Moya Vargas: 2015). Así, se observa la tendencia a la flexibilización de las condiciones de extraditabilidad, al igual que en la aplicación de las reglas de la doble incriminación (el delito perseguido debe ser pre-existente en ambas legislaciones), y de especialidad, (la persona extraditada sólo se puede juzgar, condenar y sancionar por el delito imputado en la solicitud de extradición), entre otras (Klein: 2006; Boiser: 2017; Brown: 2018).

En Colombia, esta tendencia se registra desde la década de los 80, cuando las élites nacionales enfilaron sus esfuerzos para crear mecanismos para-judiciales, con el fin de proteger y avanzar sus intereses especiales en temas como la contratación pública, al igual que asuntos financieros, de control de las actuaciones de la Fuerza Pública, y penales. En este último asunto, la extradición tal como quedó incorporada nuevamente en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la reforma del artículo constitucional 35 en 1997, y la vigencia de los artículos 490 a 514 del Código de Procedimiento Penal en 2004, se define como un procedimiento administrativo en el cual la justicia cumple funciones accesorias (Silva García: 2006; 2011b).

De acuerdo con lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho verifica la legalidad de las condiciones de extraditabilidad contenidas en la solicitud del país requirente. Cumplido este trámite, la Corte Suprema de Justicia examina la validez formal de los documentos que respaldan la solicitud; verifica que la identificación de la persona requerida no incurra en ambigüedades; que la solicitud esté conforme a la doctrina doble incriminación (es decir, que delito pre-exista en las legislaciones de ambos países); y que la formulación de

la acusación realizada por el país requirente sea homologable con el instrumento correspondiente en ordenamiento legal colombiano. Una vez surtido este trámite, la solicitud pasa al Presidente de la República para que mediante instrumento administrativo autorice la extradición. Este arreglo evidentemente va en contravía de disposiciones constitucionales y legales que obligan a las autoridades oficiales a investigar y judicializar todos los delitos cometidos en el territorio nacional, incluyendo los delitos transnacionales en los cuales las fases iniciales del mismo se realizan en Colombia y posteriormente se consuman en otros países (*Ibidem*).

En cuanto a la escala de los trámites, entre 1999 y 2016 Colombia extraditó más de 1.870 individuos a los EUA, de acuerdo con un informe oficial reciente de *U.S. International Narcotics Control Strategy*, la agencia estadounidense a cargo del seguimiento de los resultados de estrategia anti-drogas de ese país; la mayoría de los casos fueron solicitados por delitos relacionados con tráfico internacional de drogas (INCSR: 2016; Romero, Beltrán, Romero & Sierra: 2015).

A continuación, se describe el desenlace de apenas una muestra de casos de personas requeridas y entregadas en extradición por Colombia a EUA durante ese lapso:

En 2000, un comerciante fue capturado y presentado como responsable del asesinato de tres indigenistas estadounidenses, en hechos ocurridos en Arauca en 1999. Su extradición a EUA se autorizó en 2003. En 2004, tras negarse a aceptar cargos, y sin que el fiscal hubiese presentado prueba alguna ante la juez del caso, el extraditado fue absuelto y regresado a Colombia (El Tiempo.com, 2006, ago. 19).

En 2006, un vendedor callejero de plátanos de Barranquilla y su hijo, un auxiliar de enfermería, fueron extraditados a EUA acusados de conspirar el tráfico internacional de drogas y el lavado de dinero. Las pruebas eran unas interceptaciones de conversaciones telefónicas según las cuáles un presunto narcotraficante le habría negociado 150 kilos de cocaína que serían cancelados en efectivo. “Tráeme 150 plátanos y asegúrate que sean verdes” es el contenido que recapitula el vendedor extraditado sobre las conversaciones telefónicas interceptadas que se utilizaron para acusarle. Con su hijo, fueron obligados por el fiscal acusador a acogerse a sentencia anticipada por delitos menores distintos a los originalmente formulados, con penas más cortas para facilitar su condena y excarcelación (Guarnizo: 2014).

En 2012, una corredora de bolsa de Bogotá fue entregada en extradición a EUA acusada de conspiración para el lavado de dinero. Al igual que en el caso anterior, el fiscal acusador la obligó a acogerse a sentencia anticipada por una imputación distinta a la original, y así agilizar su condena y excarcelación (*Ibidem*).

También en 2012, un ex funcionario de la Aeronáutica Civil colombiana fue extraditado acusado de suministrar aviones a traficantes para enviar toneladas de cocaína a otros países de Centroamérica y los EE. UU. El acusado proporcionó evidencia irrefutable que los agentes estadounidenses identificaron erróneamente su voz en las escuchas telefónicas, y el fiscal se vio obligado cesar su causa (*Ibidem*).

Dadas las miles de solicitudes de extradición requeridas por EUA a Colombia en las últimas dos décadas, un flujo que anualmente oscila entre 100 y 200 solicitudes, no es de sorprender que se registren y se reiteren continuamente esta clase de abusos en el uso de la extradición. Sin duda, cabe responsabilidad a las autoridades colombianas por no controlar arbitrariedades como la inobservancia de la regla de especialidad, dada la aplicación abusiva de la práctica denominada *criminal plea and sentence bargaining* comúnmente utilizada por los fiscales estadounidenses para forzar a las personas extraditadas a la aceptación de sentencia anticipada, como se refiere arriba en varios de los casos. Corresponde al estado colombiano proteger el derecho de quienes entrega en extradición al debido proceso y a un juicio justo; también corresponde hacerlo

para desincentivar la manipulación de acusaciones y pruebas temerarias por los fiscales estadounidenses con el fin de asegurar la custodia de muchas de los cientos de personas requeridas en extradición todos los años (Ramírez Barbosa: 2008).

Pero quizás, la omisión más preocupante en el trámite de procesos de extradición requeridos por EUA tiene que ver la valoración hecha por las autoridades judiciales colombianas de los *indictments* o instrumentos de acusación que soportan las respectivas solicitudes, las cuales generalmente son formuladas por un fiscal parcializado y avaladas por un *grand jury*, sin supervisión judicial alguna. Esta circunstancia permite a los fiscales municiar las acusaciones con las cuales soportan sus requerimientos de extradición con informaciones obtenidas por la vía de la denominada *substantial assistance*, es decir, de versiones obtenidas de quienes se han acogido a sentencia anticipada y acuerdan entregar dichas informaciones, las cuales no requieren de verificación de su probabilidad de verdad, a cambio de rebajas de penas (Lee: 1994; Sterling: 1999; Knizhnik: 2015).

Resulta cuestionable que los *indictments* que soportan las solicitudes de extradición sean homologables a los escritos de acusación en el ordenamiento jurídico colombiano (Moya: 2011). Al constatar la normalización de las prácticas ya relatadas en el funcionamiento del aparato judicial estadounidense (Liepold: 1995; Hafetz & Pellettieri: 1999), y la carencia de medios de control judicial para proteger el derecho al debido proceso y a un juicio imparcial a quienes son requeridos en extradición, las homologaciones autorizadas por la Corte Suprema de Justicia colombiana durante las últimas dos décadas merecen examen detenido. Cabe recordar que, según el Código de Procedimiento Penal, en el ordenamiento jurídico de este país los escritos de acusación deben ser presentados ante un juez quien, con base en elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, valorará la probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y el imputado es su autor o partícipe, y garantizará el debido proceso y la imparcialidad del proceso judicial (art. 336).

La discusión anterior destaca algunos de los canales por los cuales la tendencia a la simplificación de la extradición habilitan la actuación transnacional de las agencias de ley y orden estadounidense en el ámbito colombiano, en desmedro de la protección y las garantías judiciales de quienes son blanco de *indictments* (Moya Vargas: 2012), al igual que de la estrategia de ataque organizacional dirigida por dichas agencias, como la registrada recientemente contra la organización política que emergió luego del acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y la FARC-EP. Cabe interrogarse si lo sucedido es producto de una reacción política contra los acuerdos de paz, debido a que vedaban la extradición de guerrilleros acusados de narcotráfico, sobre la base de reconocer que el narcotráfico era un delito conexo a la rebelión, conforme a la tesis sostenida por la criminología de tiempo atrás (Silva García: 1998). Igualmente, y a la luz de la referida tendencia de fusión y expansión de poderes legislativos, judiciales y administrativos, en cabeza de las agencias de ley y orden al amparo del derecho transnacional penal, cabe preguntar si a escala global en el futuro inmediato será viable la consolidación de procesos de construcción de paz, luego de la terminación de conflictos armados internos prolongados y degradados como el colombiano (Moya Vargas: 2008).

5. CONCLUSIONES

El esclarecimiento de la intención y alcances de las responsabilidades de quienes se vieron involucrados en la operación encubierta de la DEA dirigida a capturar a Santrich con fines de extradición a EUA, tomará varios años. No obstante, operaciones de esta naturaleza necesariamente se traducen inicialmente en indicadores de gestión positivos para las agencias de ley y orden que las planifican y ejecutan. A su vez, estos indicadores sirven de soporte para cabildear la participación creciente, o al menos sostenida, en la asignación de fuentes de recursos para estas agencias. Este es un factor que está permanentemente en juego en los cálculos operacionales las agencias de ley y orden estadounidenses como la DEA. Al respecto,

es relevante traer a colación aquí un estudio reciente de un tanque de pensamiento conservador estadounidense denominado American Enterprise Institute (AEI), que registra con alarma la disminución del presupuesto federal de EUA programado para el año fiscal 2018 destinado a las agencias de ley y orden dedicadas a la lucha contra organizaciones criminales transnacionales, y exhorta al gobierno a remediar esta situación en vista de sus importantes logros e indicadores de gestión (American Enterprise Institute: 2017).

Además de crecientes presupuestos para las agencias de ley y orden, el derecho transnacional penal también favorece la fusión y expansión de poderes legislativos, judiciales y administrativos en cabeza de las mismas, como se ha documentado aquí. Con el afianzamiento de este orden de cosas, las agencias de ley y orden de alcance transnacional progresivamente tendrán más protagonismo en la validación de la eficacia de las decisiones políticas de lucha contra la impunidad del crimen transnacional como garantía del imperio de la ley (Moya Vargas: 2017a; 2017b). Y el resultado principal de episodios como la desestabilización arterial del ya golpeado y frágil proceso de implementación de los acuerdos de paz pactados con la FARC-EP mediante las operaciones encubiertas realizadas, será la tabulación de un nuevo indicador de logro alcanzado por las agencias de ley y orden de EUA para justificar su participación sostenida en la asignación de fuentes de recursos para su crecimiento.

Para finalizar, este trabajo espera animar nuevas investigaciones referidas a la transnacionalización del control penal, más cuando los balances sobre investigación sociojurídica en Colombia (Carvajal Martínez: 2016; Silva García: 2006; 2003; 2002), evidencian que son pocos los avances en este campo de importancia significativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo Giraldo, O. A. & Galán, A.R. (2015). Derecho injusto. Fórmula de universalización y derechos humanos, *Novum Jus*, 9, (2), pp. 111-136.
- Andreas, P. & E. Nadelmann (2006). *Policing the Globe*. Oxford University, New York.
- Bernal Castro, C. (2013). Las garantías penales: Una visión material desde el actual modelo de Estado, en: *Reflexiones de Derecho Penal y Procesal Penal*. Defensoría del Pueblo, Bogotá. pp. 327-359.
- Bernal Castro, C. (2015). *La investigación penal en las sociedades postindustriales. Una tensión entre el efectivismo y el garantismo penal en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Bernal Castro, C. & Moya Vargas, M. F. (2015). *Libertad de Expresión y Proceso Penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Boister, N. (2003). Transnational Criminal Law? *European Journal of International Law*, 14, (5), pp. 953-976.
- Boister, N. (2015). Further Reflections on the Concept of Transnational Criminal Law. *Transnational Legal Theory*, 6, (1), pp. 9-30.
- Boister, N. (2017). Global Simplification of Extradition: Interviews with Selected Extradition Experts in New Zealand, Canada, the US and EU. *Criminal Law Forum*, <https://doi.org/10.1007/s10609-017-9342-7>.
- Bowling, B. & Sheptycki, J. (2012). Policing Globopolis. *Social Justice*, 38, (1), pp.184-202.

- Bowling, B. & Sheptycki, J. (2015). Global policing and transnational rule with law. *Transnational Legal Theory*, 6, (1), pp. 141-173.
- Brodeur, J. P. & Leman-Langlois, S. (2006). Surveillance Fiction or Higher Policing?, en: Haggerty, K & and Ericson, R. V. (eds.). *The New Politics of Visibility and Surveillance*. University of Toronto, Toronto. pp. 171-198.
- Brown, D. (2018). The Judicial Role in Criminal Charging and Plea Bargaining. *Hofstra Law Review*. 46, (1), Article 7. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol46/iss17>
- Cáceres Mendoza, E. (2013). Justicia transicional y derecho a la reparación integral. Aproximación al caso colombiano. *Novum Jus*, 7, (2), pp. 55-87.
- Carvajal Martínez, J. E. (2010). El estado de seguridad y la política internacional. *Novum Jus*, 4, (2), pp. 53-76.
- Carvajal Martínez, J.E. (2011). *Derecho y lógicas de seguridad en Colombia*. Universidad Libre de Colombia, Bogotá.
- Carvajal Martínez, J.E. (2016). *La sociología jurídica en Colombia: los antecedentes en las facultades de derecho, organizaciones no gubernamentales y el Estado*. Universidad Libre, Bogotá.
- Carvajal Martínez, J. E. (2017). Transformations of the Law and State: A Space for Reflection of Novum Jus. *Novum Jus*, 11, (2), pp. 13 -18.
- Ericson, R.V. (2007). Rules in policing; five perspectives. *Theoretical Criminology*, 11, (3), pp. 367-401.
- Fraser, D. (2012). Evil Law, Evil Lawyer? From the Justice Case to the Torture Memos. *Jurisprudence*, 3, (2), pp. 391-428.
- Finnemore, M. & Sikkink, K. (1998). International Norm Dynamics and Political Change. *International Organization*, 52, (4), pp. 887-917.
- González Monguí, P.E. (2013). *Procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- González Monguí, P.E. (2014). Selectividad penal y "marco jurídico para la paz". *Verba Iuris*, 32, pp. 135-148.
- González Monguí, P.E. (2016). Justificaciones de los actores y de las víctimas en el conflicto armado interno colombiano: técnicas de neutralización, en: Fortich Navarro, M.P; González Monguí, P. E. & Mazuera Ayala, P. (eds.). *Tendencias de historia del derecho y memoria histórica en Latinoamérica*. Universidad Libre, Bogotá, pp. 153-196.
- Guarnizo, J. (2014). *Extraditados por error*. Planeta, Bogotá.
- Hafetz, F.P. & Pellettieri, J.M. (1999). Time to Reform the Grand Jury. *The Champion Magazine*, January / February, pp. 12 -23.
- Halliday, T. & Schaffer, G. (eds.), (2015). *Transnational Legal Orders*. Cambridge University, New York.
- Holcomb, J.; Williams, M. R; Hicks, W.D; Kovandzic, T. V & Bisaccia-Meittl, B. (2018). Civil Asset Forfeiture Laws and Equitable Sharing Activity by the Police. *Criminology & Public Policy*, 17, (1), pp. 101-127.
- Knizhnik, S. (2015). Failed Snitches and Sentencing Stitches: Substantial Assistance and the Cooperator's Dilemma, *New York University Law Review*. 90, pp.1722-1760.
- Klein, S.R. (2006). Enhancing the Judicial Role in Criminal Plea and Sentence Bargaining. *Texas Law Review*, 84, pp. 2042-2052.

- Lee, C. (1994). Prosecutorial Discretion, Substantial Assistance, and the Federal Sentencing Guidelines. *UCLA Law Review*, 42, (105), pp. 107-180.
- Leipold, A. D. (1995). Why Grand Juries do not (and Cannot) Protect the Accused. *Cornell Law Review*, 80, (2), pp. 260-324.
- Maxwell, M.D. & Watts, S. (2016). 'Unlawful Enemy Combatant': Status, Theory of Culpability, or Neither. *Journal of International Criminal Justice*, 5, (1), pp. 19-25.
- Mendoza Perdomo, J. F. (2017). Alcances procesales del enjuiciamiento de las organizaciones criminales: Una revisión desde los principios del proceso. *Novum Jus*, 11, (1), pp. 73 -102.
- Moya Vargas, M.F. (2008). La transvaluación: Sus posibilidades como categoría de análisis en la investigación sociojurídica. *Novum Jus*, 2, (1), pp. 33-68.
- Moya Vargas, M.F. (2010). *Una manifestación de política penal aplicada: El procesamiento de personas ausentes en la Ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2011). *Relaciones judiciales penales internacionales*. Universidad Santo Tomás; Bogotá.
- Moya Vargas, M. F. (2012). *La verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2013). Óptica, episteme y orígenes del principio de congruencia en el proceso penal. *Sociología del Derecho*, (2), pp. 37-64.
- Moya Vargas, M.F. (2015). *Producción probatoria de la verdad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2016). Acerca del principio de congruencia: Estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004. *Pensamiento Jurídico*, 44, pp. 259-290.
- Moya Vargas, M.F. (2017a). *Fundamentos semióticos para la investigación jurídica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2017b). Semiótica de la justicia: Opción metodológica del Derecho, en: *Teoría del Derecho Contemporáneo*. Universidad La Gran Colombia, Bogotá.
- Ramírez Barbosa, P.A. (2008). El principio de *non bis in idem* como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales de su configuración. *Novum Jus*, 2, (1), pp. 101-124.
- Rivera Lugo, C. (2012). El tiempo del No-Derecho, *Youkali*, (13), pp. 5-16.
- Romero, A.; Beltrán, D.; Romero, C.; & Sierra, P. (2015). La extradición en el gobierno de la Prosperidad Democrática: Caracterización y análisis de la extradición pasiva a Estados Unidos entre 2011 y 2014, en: *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá. pp. 95-115.
- Sands, P. (2005). *Lawless World; America and the Making and Breaking of Global Rules*, Allen Lane, London.
- Schaffer, G. (2013). *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University, New York.
- Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica. In: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, pp. 845-863.
- Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- Silva García, G. (1998). Delito político y narcotráfico, en: *La problemática de las drogas. Mitos y realidades*. Universidad Externado de Colombia y Proyecto Enlace del Ministerio de Comunicaciones, Bogotá. pp. 65-90.
- Silva García, G. (1999). Criminología, bases para una teoría sociológica del delito, en: Elbert, C. (Coord.), *La criminología del siglo XXI en América Latina*. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, pp. 305-326.
- Silva García, G. (2000). Le basi della teoria sociologica del delitto. *Sociologia del Diritto*, (2), Milano, pp. 119-135.
- Silva García, G. (2001). La administración de justicia, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Tomo III, Universidad Externado de Colombia e ILA, Bogotá.
- Silva García, G. (2002). El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia. *Diálogos de Saberes*, (15), Universidad Libre, Bogotá, pp. 9-32.
- Silva García, G. (2003). Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la sociología jurídica desde una perspectiva interdisciplinaria. Problemas de investigación y teoría. *Diálogo de Saberes*, (17), Universidad Libre, Bogotá, pp. 117-139.
- Silva García, G. (2006). La administración de justicia: ¿escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables? *Revista Colombiana de Sociología*, 26, pp. 105-123
- Silva García, G. (2011a). *Criminología. Teoría sociológica del delito*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2011b). *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.
- Smiley, C. & Fakunle, D. (2016). From "brute" to "thug:" The demonization and criminalization of unarmed black male victims in America. *Journal of Human Social Environment*, 26, (3-4), pp. 350-366.
- Velandia Montes, R. (2015). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. Tomo II, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2016). Impunidad, verdad, justicia y fines de la pena: una reflexión sobre el proceso de paz en Colombia, en: Eljach Pacheco, G.; Castrillón Orrego, J. D.; Niño Contreras, G. F. (comp.). *La paz, el derecho de la democracia. Elementos de análisis frente a los desafíos del legislador en la implementación del acuerdo final de paz en Colombia*. Universidad del Cauca y Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos CAEL, Bogotá. pp. 216-227.
- Vicaro, M.P. (2016). Deconstitutive Rhetoric: The Destruction of Legal Personhood in the Global War on Terrorism. *Quarterly Journal of Speech*, 102, (4), pp. 333-352.
- Zedner, L. (2007). Preventive Justice or Pre-Punishment? The Case of Control Orders, *Current Legal Problems*, 60, (1), pp. 174 -203.

Normas y documentos institucionales

- American Enterprise Institute. (2017). *Kingpins and Corruption. Targeting Transnational Organized Crime in the Americas*. AEI Working Group on Transnational Organized Crime in the Americas, Washington D.C.
- U.S. Army Training and Doctrine Command. (2007). *A Military Guide to Terrorism in the Twenty-First Century*, US Army TRADOC G2, Fort Leavenworth, Kansas.

U.S. Congress. (2015-2016). 114th Congress (2015-2016). Transnational Drug Trafficking Act of 2015. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/32/text>

U.S. Department of Justice (2007). The Drug Enforcement Administration's International Operations (Redacted), *Audit Report 07-19*. Office of the Inspector General, Washington D.C. Disponible en: <https://oig.justice.gov/reports/DEA/a0719/chapter3.htm>

U. S. Court Southern District of New York (sin fecha). United States of America v. Seuxis Paucis Hernandez-Solarte, a/k/a "Jesus Santrich", Marlon Marín, Armando Gómez a/k/a "El Doctor" and Fabio Simón Younes Arboleda, defendants. Disponible en: <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/farc-members-and-associates-charged-conspiring-import-cocaine-united-states>

U.S. INCSR (2016). *Country report: Colombia. Drug and Chemical Control*. U.S. International Narcotics Control Strategy Report, Washington.

U.S. Office of National Drug Control Policy (2005). The National Drug Control Strategy, 2005. Update. Washington DC: ONDCP.

Sterling, E. (1999). Drug Laws and Snitching, *Frontline*. Disponible en: <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/snitch/primer/>

BIODATA

Bernardo PÉREZ-SALAZAR: Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia vinculado al grupo de investigación Criminalidad y Conflicto, en la línea Transformaciones del poder punitivo. El presente artículo es producto de investigación de nuevo conocimiento en el marco del proyecto Nueva Criminalidad y Control. Comunicador social de la Universidad del Valle, M.A, en planificación del desarrollo regional del Institute of Social Studies, La Haya. Países Bajos.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.80-95
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Mutaciones de la criminalidad colombiana en la Era del Postconflicto

Mutations of Colombian Criminality in the Post-Conflict Era

Carlos Andrés BERNAL CASTRO

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9026-1401>

cabernal@ucatolica.edu.co

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1773138>

RESUMEN

Este artículo pretende estudiar las transformaciones de las organizaciones criminales en el postconflicto colombiano teniendo como puntos de estudio el concepto de organización criminal en la sociedad globalizada, la crisis de las sociedades contemporáneas, sus críticas filosóficas y sociológicas y la transformación del conflicto frente a la aparición de Grupos Armados Organizados (GAO) y Grupos de Delincuencia Organizada (GDO).

Palabras clave: Criminalidad Organizada, Globalización, Política Criminal, Sociedad Líquida.

ABSTRACT

This article aims to study the transformations of criminal organizations in the post-conflict in Colombia, having as points of study the concept of criminal organization in a globalized society, the crisis of contemporary societies, their philosophical and sociological criticisms and the transformation of the conflict in the face of the appearance of Armed Organized Groups (GAO) and Organized Crime Groups (GDO).

Key words: Organized Crime, Globalization, Criminal Law, liquid Society.

Recibido: 13-06-2018 • Aceptado: 17-07-2018



Utopía y Praxis Latinoamericana publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported (CC BY-NC-SA 3.0). Para más información diríjase a https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/deed.es_ES

1. INTRODUCCIÓN

Las organizaciones criminales son una amenaza real y estratégica para la estabilidad de los Estados democráticos y las sociedades contemporáneas. Entendidas como organizaciones sociales que, en este caso particular, aparecen estructuradas como bandas y milicias, las cuales son definidas como criminales, en razón a su participación frecuente en actividades que con alta probabilidad serán calificadas como delictivas (Silva García: 2011a). Su presencia en la cotidianidad permea todos los sectores sociales y lógicamente al sujeto, estableciendo un sistema económico invisible y paralelo que incide drásticamente en la vida de todos. En especial cuando la sociedad de consumo solicita y demanda diariamente bienes y servicios que sacian su individualismo. El complejo escenario de la satisfacción de intereses va desde actividades ilícitas hasta actividades legales, en las que se mezclan los capitales con uno u otro origen (Moya Vargas: 2017a).

Colombia se ha visto perjudicada por las organizaciones criminales que en las últimas décadas se han enriquecido a costa de la muerte y sufrimiento de miles de personas; el narcotráfico, secuestro (Silva García: 2015), extorsión, minería ilegal, trata de personas, lavado de activos, la usurpación de inmuebles y la captura ilícita de rentas públicas, entre otras, son algunas de las conductas penales que ejecutan diariamente generando un sistema económico subrepticio que incide drásticamente en la vida cotidiana y especialmente en la institucionalidad provocando una crisis de gobernabilidad e institucionalidad bajo el contexto de la corrupción (Pérez Salazar: 2011; Ávila Martínez & Pérez Salazar: 2011; Pérez Salazar & Velásquez Monroy: 2013; Pérez Salazar: 2013).

El posconflicto transformó la violencia del conflicto armado vivida por más de 50 años en Colombia, en la que se pretendía desestabilizar y modificar a la institucionalidad colombiana por vías de hecho, para pasar a una violencia regional que pretende realizar actividades ilícitas utilizando a la cultura de la ilegalidad como método de supervivencia y a la corrupción como instrumento facilitador de su actividad permanente, generadora de la aparición de Grupos Armados Organizados (GAO) y Grupos de Delincuencia Organizada (GDO).

En consecuencia, se pretende analizar a las estructuras criminales desde el contexto de las sociedades postindustriales, los factores asociados a la era de la globalización, información y tecnología y al mismo tiempo determinar la evolución de las organizaciones criminales en el contexto colombiano. Lo anterior procurando superar algunas visiones tradicionales sobre la violencia y el crimen organizado en Colombia, ya objeto de múltiples críticas (Silva García: 2000a; Silva García & Pacheco Arrieta: 2001), dada la subjetividad de sus análisis y la distorsión de la información a la que recurren.

Las reflexiones vertidas en este trabajo, así mismo, se espera sirvan para replantear la enseñanza del derecho penal, cuya separación de la realidad social ha sido cuestionada (Silva García: 2006).

2. LAS SOCIEDADES POSINDUSTRIALES Y SU CRIMINALIDAD

La sociedad postindustrial se genera como consecuencia de la transición de la sociedad industrializada basada en el proceso de revolución industrial y el sector secundario (industria), a una sociedad cuyos cimientos económicos, políticos y culturales se constituyen en aspectos como el conocimiento, la tecnología, la información y los servicios relacionados con los sectores terciarios, cuaternarios y quaternarios de la economía (Cárdenas Zorro: 2015).

La sociedad del siglo XXI vive afanadamente, es cautiva del tiempo, convive en aeropuertos, terminales de transporte, satélites, redes sociales, internet, en fin, se relaciona instantáneamente, lo que provoca comportamientos que transforman significativamente los contextos públicos y privados de su existencia. En consecuencia, la sociedad contemporánea es: comunicación, información, tecnología, acoplamiento de culturas, en otras palabras, es: "Globalización" (Castells: 1999).

Su efecto positivo supone intercambio y unión de: culturas, pensamientos, lenguajes, tradiciones, instituciones sociales etc..., que posibilitan un diálogo de civilizaciones que sobrepasa los límites geográficos. Estamos en una aldea global, en la que los hombres recurren a todos los medios científicos para enlazarse y comunicarse en el menor tiempo posible, con la finalidad de realizar un sin número de actividades que propendan por el logro de sus expectativas individuales (Bernal Castro: 2013; Llano Franco: 2016; McLuhan & Fiore: 1969; Restrepo Fontalvo: 2014).

La revolución tecnológica (Elster: 2006), transformó a la sociedad acelerando drásticamente las relaciones que se efectuaban alrededor de sus instituciones, lo que originó comportamientos dinámicos y sorprendidos. Vivimos épocas de incertidumbre, en la que la humanidad replantea su vida afectiva, sexual, reproductiva, laboral, familiar al asumir riesgos y peligros, lo que trae como consecuencia la inestabilidad de la sociedad y flexibilización de sus valores (Moya Vargas: 2015).

En ese escenario el proyecto de vida de la humanidad cambió; hombres y mujeres tienen igualdad de derechos y deberes, toman decisiones acerca de su sexualidad, de sus relaciones afectivas, de la forma como quieren desarrollar su vida familiar, laboral, espiritual y pública (Moya Vargas: 2017b), esto transformó las expectativas de comportamiento que por largo tiempo habían generado una aparente estabilidad y perdurabilidad en sus instituciones, en consecuencia, el hombre vive frenéticamente.

Beck la describe con el nombre de: "Sociedad del Riesgo", porque acoge riesgos y peligros para afrontar su existencia, por ende, desafía su destrucción, lo que implica abordar su vida a partir de la manipulación de elementos que en algún momento pueden eliminarla. La utilización de material radioactivo, atómico, químico y biológico pone en constante amenaza la vida de la humanidad, los desechos tóxicos afectan la biodiversidad y el medio ambiente inducen temor, angustia y miedo. El miedo se ha convertido en la principal preocupación de la sociedad al desplazar otros aspectos relevantes como los problemas de exclusión, pobreza y desigualdad que genera la globalización económica, tal y como lo afirma Carvajal Martínez (2015):

(...) Este contexto internacional y por lo tanto común en la mayoría de las naciones, ha sido aprovechado hábilmente por quienes controlan el poder para colocar el tema de la seguridad, el terrorismo y el miedo como el núcleo central de la sociedad, desviando la crítica y el debate en torno de los problemas materiales (p. 27).

En efecto, el riesgo no está únicamente ligado a la manipulación de elementos contaminantes, también se percibe en la ausencia de humanidad, el valor de la solidaridad ha perdido poder debido a que los sujetos prefieren allanar sus intereses personalísimos sobre el deseo de colaborar desinteresadamente con el otro, de tal forma que el hombre prefiere relacionarse por redes sociales, abandonar a la comunidad física y asumir un mundo virtual. Toma relaciones de costo beneficio que le permitan escalar fácilmente hacia sus objetivos egoístas sin importar la forma de obtenerlos (Moya Vargas: 2015b).

Bauman apunta al término: "sociedades líquidas", para describirlas como estructuras humanas frágiles en la que sus valores se flexibilizan debido a la vertiginosa carrera de vida que se experimenta diariamente: inestabilidad, fluidez, individualismo, consumismo, combinado con la aceleración tecnológica, proponen una mezcla de hábitos que transforman los valores tradicionales y los convierte en conceptos líquidos que se diluyen rápidamente frente a los actos humanos (Bauman: 2014).

Uno de los puntos centrales de su crítica a la sociedad, radica en el consumismo, la humanidad está rendida a las condiciones del mercado, el sistema de oferta y demanda está instrumentalizando su existencia, al convertirla en prisionera de sus intereses, lo que provoca que haga esfuerzos desmedidos para saciar sus deseos más oscuros, el uso de sustancias psicoactivas, fármacos, alucinógenos entre otros, le permiten al sujeto salir de su realidad e introducirse en un mundo abstracto en el que no existen barreras normativas que lo limiten.

De acuerdo con el informe mundial sobre las drogas de 2017, presentado por la Organización Mundial de la Salud: 250 millones de personas, equivalente al 5% de la población mundial han consumido droga así sea tan solo una vez en 2.015. El consumo de opioides está relacionado con el riesgo de contraer VIH y hepatitis C. 12 millones de personas se han enfermado a causa del consumo de opioides. En 2.016, la organización mundial de la salud reporta que 29 millones de personas padecieron trastornos relacionados con las drogas y solo 1 de cada 6 tuvo asistencia médica.

Otras veces, la banalidad los absorbe, lo que genera una serie de cambios físicos que alteran su comportamiento hasta el punto de producir serias alteraciones en su corporalidad y mente, lo que limita considerablemente la racionalidad de sus actos (trastornos de bulimia, anorexia, enfermedades mentales etc.), en otras palabras, su libertad (Moya Vargas: 2016).

Bauman ratifica lo expresado por Beck cuando señala que los cambios efectuados por la sociedad postmoderna producto de su globalización pueden generar efectos negativos que se concretan en peligros inminentes que eliminan la estabilidad construida en la modernidad, que estaba fuertemente cimentada en la consolidación de unos valores que protegían las instituciones sociales: familia, educación, religión, economía, entidades jurídico-políticas, etc. Esta situación se acompaña de la transformación del Estado de bienestar a un modelo neoliberal de mercado lo que conllevó a una transformación del pacto social,

(...) La libertad del mercado y el imperio de sus propias reglas de juego transformaron el papel del Estado, con profundos resultados sobre la sociedad tanto en términos del bienestar material como en el sentido ontológico. La implementación del modelo neoliberal implicó para el mundo occidental el rompimiento del acuerdo de clases" (Carvajal Martínez: 2010, p. 13).

La paradoja latente se concreta en la constante ambigüedad de su existencia, por una parte el hombre quiere abstraerse de su realidad y ampararse en el libre desarrollo de su personalidad para hacer lo que quiere y por otra pretende vigilar cada paso que da, toma como elemento a la tecnología, instrumento idóneo para controlarse, estamos en una "sociedad vigilada", que inspecciona cada paso de la existencia de los seres humanos y que pretende eliminar su intimidad para protegerse como estructura, debido al miedo que le provoca el sentimiento de inseguridad producido por su inestabilidad; los atentados del 11 de septiembre en Nueva York (2001), París (2015), Madrid (2004), Londres (2005 y 2.017), Barcelona (2017), Bruselas (2017), demuestran que el terrorismo incita al control como método de protección hasta el punto de perder su autonomía (Bauman & Lyon: 2013; Bernal Castro: 2015).

Ese proceso de control lleva a entenderla como un panóptico (Foucault: 2005), que en efecto produce un comportamiento deshumanizado. Es la sociedad panóptica que, con la pretensión de someter a individuos a una expectativa de vigilancia permanente, debe inducir a los individuos a modificar su conducta (Silva García: 2011b). La sociedad pretende controlar cada reducto de su existencia, lo que implica la utilización de drones, cámaras de vigilancia, operadores de televisión en circuito cerrado, microchip, sistemas de visualización biométrica, utilización del ADN como método certero de identificación y en fin un sin número de medidas destinadas a observar y a conocer todos los espacios íntimos de las personas que se mueven por miedos e inseguridades, en ello también inciden los medios de comunicación en especial cuando interpretan esa realidad como un comportamiento imposible de aplacar (Velandia: 2015a). Esa observación del otro o de grupos de personas es lo que se denomina el "vigilantismo", se utiliza para ejercer control social y si es del caso para criminalizar (González Mongui: 2013).

Precisamente Silva Sánchez (2011) afronta el problema de la criminalidad en la postmodernidad, al decir que el derecho penal se ha convertido en un administrador y eliminador de riesgos, pues aborda la solución del miedo y la inseguridad en el establecimiento de delitos de peligro (abstracto y concreto) lo que facilita la punibilidad de comportamientos que pongan en peligro a las estructuras sociales cosa que genera un derecho penal anticipatorio que elimine las barreras de la dogmática penal tradicional por la mera conducta revestida

de peligrosidad y no de dañosidad (en igual sentido: Silva García: 2011a). Este proceso, conocido como administrativización del Derecho penal, está llevando a este a un crecimiento sin control y a la desaparición progresiva del principio de *ultima ratio* (Velandia Montes: 2015b), con el consecuente abandono por parte del Estado de otras herramientas jurídicas distintas a la penal o extrajurídicas que pueden ser más eficaces en la prevención de tales conductas (Velandia Montes: 2012).

Así las cosas el derecho penal de la postmodernidad basa sus postulados en la eliminación o flexibilización de las garantías judiciales, al proponer un derecho penal eficientista que satisfaga las expectativas de la comunidad de víctimas que reclaman justicia frente a los escenarios judiciales, de tal forma que la expectativa del derecho penal se centra en producir resultados punitivos, reforzar tipos penales, aumentar sus penas drásticamente y tratar al presunto infractor como enemigo del sistema social, esto facilita una respuesta pronta del problema pero no elimina la criminalidad, produce una sensación de estabilidad síquica transitoria en la comunidad, pero en el fondo el problema sigue latente (Moya Vargas: 2012; Velandia Montes: 2015b).

Lo que Zaffaroni llamaría Populismo Punitivo, pues se hace del derecho penal un instrumento útil para hacer política y manipular electores pues propone endurecimiento de la respuesta punitiva del Estado y el ejercicio de una política penal fuerte que elimine garantías y beneficios jurídicos establecidos en las legislaciones penales, lo que conlleva una respuesta social de complacencia que se nutre del sentimiento de miedo y angustia que sufren las sociedades (Moya Vargas: 2013), en especial cuando se experimentan atentados terroristas, secuestros, desapariciones, torturas y en fin un sin número de comportamientos atroces. (Zaffaroni: 2006; Velandia Montes: 2015a)

Siguiendo a Jakobs y Cancio, estamos frente al derecho penal del enemigo que se caracteriza por tres elementos fundamentales que se pueden observar frente a las manifestaciones legislativas vigentes: 1. Adelantamiento de la punibilidad al castigar hechos futuros y no como tradicionalmente se hacía cuando se castigaban hechos del pasado 2. Desproporcionalización de las penas 3. Eliminación de las garantías procesales [relativizadas o suprimidas] (Jakobs & Cancio: 2005; Noguera Sánchez: 2013).

Precisamente Jakobs observa a la sociedad como una estructura sólida, que se encuentra cimentada en normas esenciales que la estabilizan y que legitiman la comunicación de las expectativas de las personas que convergen frente a los sistemas sociales en relación al contexto comunicativo que cada subsistema posee, tal como lo expresa Luhmann la sociedad es una estructura autopoyética, auto-referencial que se enfrenta al problema de la complejidad al adoptar respuestas oportunas que posibilitan su estabilización y permanencia (Luhmann: 1998).

Como se puede observar la sociedad se divide en individuos y personas que constantemente luchan entre su autonomía y la responsabilidad de sus actos de acuerdo a su rol, lo que implica que la sociedad sea observada como una célula que pretende estabilizarse por medio de sistemas normativos unificados que faciliten su existencia y especialmente su comunicación, instituye parámetros homogéneos de convivencia delimitados en políticas internacionales que materialicen un orden mundial, en el que los organismos supranacionales (Organización de Naciones Unidas, Organización Mundial del Comercio, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, etc.), asuman el control de los temas esenciales de los Estados nacionales, lo que debilita su soberanía a cambio de fomentar sus relaciones sociales.

La amenaza real que afronta la globalización se encuentra directamente ligada al concepto de desigualdad material, tal como lo señala Bauman (2013, pp. 14-15), cuando la concentración de la riqueza mundial se encuentra en manos de pocos Estados, que controlan los sectores productivos y financieros del orden mundial y tienen bajo su dominio el manejo de los mercados internacionales se pone en una situación de desequilibrio a Estados que no tienen la misma capacidad para enfrentar la competitividad de las condiciones de oferta y demanda, lo que coloca a su población en una condición de indefensión que produce migraciones, pobreza y atraso. Esto precipita el contexto para el desenvolvimiento de la criminalidad.

En ese orden de ideas los efectos colaterales de la globalización proporcionan el escenario oportuno para el desenvolvimiento de las organizaciones criminales entendidas como asociaciones de tres o más personas que se unen con el propósito de desarrollar actividades delictivas permanentes, promotoras de desestabilización en la institucionalidad, vulneración sistemática de derechos humanos, ilegitimidad de los órganos del sector público y corrupción, de tal forma que ellas sean el verdadero enemigo de las sociedades postindustriales y en especial de la globalización.

De acuerdo con la Convención de Palermo, las organizaciones criminales son agrupaciones estructuradas de tres o más personas que se reúnen con la intención de realizar delitos graves o los previstos en dicho estatuto internacional, su vocación de permanencia es un atributo específico de este modelo criminal que pretende desarrollar su actividad ilimitadamente y sacar un provecho económico u otro beneficio de orden material.

Caparros la define específicamente como:

(...) una entidad colectiva en función de estrictos criterios de racionalidad. A modo de piezas que se integran en una sólida estructura, cada uno de sus miembros desempeña un determinado cometido para el que se encuentra especialmente capacitado en función de sus aptitudes o posibilidades personales. De este modo, la corporación alcanza los rasgos propios de una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones definidas a partir de deberes y privilegios recíprocos" (Caparros: 1998, p. 37).

Sus características son: 1. Agrupación de tres o más personas. 2. Grupo estructurado. 3. División funcional de la actividad delictiva. 4. Especialización de tareas que permiten desarrollar diversas actividades delictivas. 5. Realización de delitos graves o aquellos delimitados en la Convención de Palermo. 6. Permanencia en el tiempo, lo que asegura la realización de una industria criminal.

Dentro del marco de una sociedad conflictiva, los grupos sociales se organizan para la realización de sus intereses e ideologías, lo que lleva a unos, según su poder y diversas circunstancias, a criminalizar a otros grupos y actividades, a fin de eliminarlos como competidores, mientras que los adversarios sometidos así a una condición de marginalidad optan, a su vez, por desplegar su poder por medio de acciones que probablemente serán etiquetadas como criminales, pero que pueden permitirles alcanzar sus propios intereses e ideologías (Silva García: 2008). Entre los últimos, algunos alcanzan tal nivel de desarrollo que, dentro del horizonte de las actividades organizadas, llegan a ocupar un lugar sobresaliente, al constituir estructuras con el poder para ocasionar graves daños sociales. En el ejercicio de la divergencia, esto es, en un escenario de acciones sociales orientadas a la realización de intereses e ideologías, que llegan a ser definidas como criminales debido a su contradicción y conflicto con otros grupos, ello será producto de la intervención del control penal, que selecciona acciones divergentes para su criminalización, lo que implica su censura como expresiones de una diversidad no admisible (Silva García: 1996; 2012).

El tráfico de drogas (Silva García: 1997), la prostitución (prostitución infantil), la trata de personas, la pornografía infantil, la venta ilegal de armas, la comercialización de autos robados, la venta de repuestos hurtados, los juegos de apuesta ilegal, la contratación ilegal de trabajadores clandestinos, el tráfico de inmigrantes ilegales, la explotación ilegal del medio ambiente entre otras actividades ilícitas, generan miles de millones de dólares que diariamente ingresan subrepticamente a la legalidad por medio de sectores legales como el: financiero, bursátil, construcción, hotelero, comercial, textil, moda, deportivo, transporte, gubernamental, etc. Que convierten el dinero fácil en capitales aparentemente lícitos con los que se hacen negocios que transforman y encarecen la vida de multitud de ciudadanos (Albrecht: 2001; Da Silva Miranda: 2014; Bedoya Chavarriaga: 2015; González Monguí: 2017).

El sector público no es la excepción, las organizaciones criminales financian campañas políticas de aspirantes a órganos del poder público (legislativo y ejecutivo), pues resulta necesario incidir en la vida

política de los Estados para la aprobación de leyes en materia penal que les permita tener beneficios en caso de entregarse o ser capturados para afrontar la respuesta punitiva del Estado (Moya Vargas: 2010; Pérez-Salazar; 2011; 2013; Restrepo Fontalvo: 2014).

Lo interesante de su comportamiento radica en comprender que los criminales advirtieron que su actividad se puede desarrollar como una empresa, que brinda líneas de servicios especializados en las que existe una organización directiva, autónoma y dinámica que hace del delito una actividad rentable que produce resultados significativos en corto tiempo. No tienen que pagar impuestos, simplemente permean la institucionalidad a través de otra epidemia que invade a las sociedades contemporáneas: la corrupción (Orsi: 2007).

Echan mano de la era de la información y se alían con la tecnología para realizar su actividad especializada sobre la que aplican una política de mercadeo y comunicación eficaz. En conclusión: el crimen es administrado como una empresa que cuenta con un patrimonio, que será fiscalizado por contadores y gerentes y que como una buena empresa tiene trabajadores que se encargaran de confeccionar el ilícito.

La presencia invisible de la criminalidad organizada se oculta en la política, la vida gubernamental, financiera, los conflictos armados, el terrorismo, la sexualidad, la vida privada de miles de personas generando inflación, desempleo, pobreza, crisis humanitaria y deslegitimando las democracias, en otras palabras, las organizaciones criminales son un virus que lentamente se instala en la sociedad provocando miedo e incertidumbre.

Al respecto Pérez Salazar señala:

(...) Otra condición que comúnmente se asocia con el surgimiento de organizaciones criminales transnacionales es la disolución y colapso de estructuras de gobierno central, condición que también se asocia con el debilitamiento de los Estados nacionales que enfrentan conflictos armados internos. En estas circunstancias es común que las organizaciones criminales asuman la prestación de servicios de protección, a la vez que aprovechen oportunidades de lucrarse de nuevas demandas de mercado lícitas o ilícitas, muchas veces en colaboración con redes sociales "legales", a través de las cuales obtienen servicios y apoyos de recursos financieros, acceso a oportunidades de inversión, préstamos, contactos, asesoría técnica y legal y otros insumos (2007, p. 18).

Utilizar la tecnología como instrumento material de la criminalidad, facilita la comunicación entre empresas criminales, lo que permite la ejecución de operaciones económicas que hacen del delito un concepto globalizado como la misma sociedad, la globalización transforma también el delito para entenderlo como un fenómeno transnacional que implica una respuesta interestatal que hasta el momento es correcta políticamente pero insuficiente, tal como es reconocido por la comunidad internacional, en especial frente al delito de lavado de activos (Annan: 2004).

Las organizaciones criminales superan a una organización de delincuencia común debido a que operan militarmente, controlan territorios en los que el Estado no tiene alcance, (espacios de ingobernabilidad), concentran su poder en regiones abandonadas por la institucionalidad y se vuelven agentes generadores de trabajo para los lugareños, provocando un efecto positivo en la ciudadanía que termina acogiéndolos y protegiéndolos. Pérez Salazar (2007), señala que su accionar consolida el ejercicio de actividades legales e ilegales, combinando sus ganancias económicas, hasta el punto de tener incidencia en la vida administrativa y política en sus áreas de operación.

Los efectos de la criminalidad organizada en la sociedad "Globalizada" se pueden establecer en: 1. Legitimación de la "Cultura de la Ilegalidad". 2. Inflación, burbuja financiera, inestabilidad económica y volatilidad en los precios de los bienes y servicios. Situación que altera la vida de todas las personas. 3. Graves violaciones sistemáticas de Derechos Humanos en contra de la sociedad civil. 4. Aumento de la informalidad. 5. Aumentos de la criminalidad ordinaria y la corrupción Estatal efecto que incide frontalmente

en las instituciones fundamentales que comprometen a la sociedad. 6. Participación de Estados en la consolidación de las organizaciones criminales y aumento de paraísos fiscales. 7. Financiamiento de actividades terroristas.

3. ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

La presencia de organizaciones criminales, (Cárteles de la Droga: Cártel de Medellín, Cártel de Cali y Cártel del Norte del valle, Bandas de Narcotraficantes que asumen el control del negocio: Oficina de Envigado, entre otras), Autodefensas, Bandas Criminales (BACRIM), Grupos Armados Organizados (GAO o GDO) y grupos guerrilleros (FARC EP, ELN, EPL, M19, PRT, Quintín Lame) por más de 50 años en Colombia provocó la degradación del conflicto y pérdida de legitimidad institucional (Carvajal: 2011, p. 105), lo que causó: inestabilidad, incredulidad social y corrupción institucional (Silva García: 2000b).

El conflicto ha ocasionado violaciones sistemáticas de derechos humanos sobre la sociedad civil como consecuencia de la consumación de: atentados terroristas, secuestros, secuestros colectivos, genocidios, torturas, desplazamientos forzados, desaparecimientos forzados, tomas guerrilleras y paramilitares, ajusticiamientos entre otros muchos comportamientos penales que han servido para desafiar al Estado de derecho.

En igual sentido, el conflicto consolidó a grandes empresas criminales que se arroparon disimuladamente con el abrigo de la guerra, para desarrollar diversas actividades delictivas, primordialmente el narcotráfico, forjando fortunas extravagantes, con el apoyo de la cultura de la ilegalidad, para posteriormente camuflarse con el delito político con la finalidad de lavar el producto de su lucro criminal (Llano Franco: 2011; Vivas Barrera & Pérez Salazar: 2016; Silva García: 1998).

Precisamente, el informe elaborado por el Centro Nacional de Memoria Histórica señala como causas y problemáticas del conflicto armado a:

(...) la persistencia del problema agrario; la irrupción y propagación del narcotráfico, las limitaciones y posibilidades de la participación política; las influencias y presiones del contexto internacional; la fragmentación institucional y territorial del Estado. Finalmente, también han estado relacionados, con los cambios y transformaciones del conflicto, los resultados parciales y ambiguos de los procesos de paz y las reformas democráticas (Centro Nacional de la Memoria Histórica: 2012, p. 111).

Tan solo en el conflicto armado interno hay registradas 8.666.577 víctimas de acuerdo con el RUV, (Registro Nacional de Víctimas). Los hechos victimizantes se pueden discriminar en: Abandono o Despojo Forzado de Tierras, Acto terrorista/Atentados/Combates/ Hostigamientos, Amenazas, Confinamiento, Delitos contra la libertad y la integridad sexual, Desaparición forzada, Desplazamiento Forzado, Homicidio, Lesiones Personales Físicas, Lesiones Personales Psicológicas, Minas antipersona/ Munición sin explotar/Artefacto explosivo, Pérdida de Bienes Muebles o Inmuebles, Secuestro, Tortura y Vinculación de Niños Niñas y Adolescentes al conflicto armado.

Solo en la lucha contra el cartel de Medellín murieron 15.000 personas, 5.500 entre los años de 1989 a 1.993; se perpetraron 623 atentados terroristas que causaron la muerte 402 civiles y 1710 lesionados; 550 policías asesinados, a causa de una política de exterminio patrocinada por el capo del cartel en la que pagaba \$2.000.000 de pesos por cada policía asesinado; 100 bombas entre septiembre y noviembre de 1989, 85 bombas en 1.990 en su guerra abierta en contra del cartel de Cali, 30 bombas entre el mes de diciembre de 1. 990 y 1993 en las ciudades de Medellín y Bogotá. El atentado al DAS (Departamento Administrativo de Seguridad) dejó 700 heridos, mientras que 70 personas fallecieron. 111 personas fallecieron en la bomba que explotó en el avión de Avianca en el año de 1.989 (Vásquez: 2017).

Tanto las organizaciones criminales como los actores del conflicto armado, provocaron un escenario de inestabilidad institucional permanente, que hizo creer que Colombia fuera un Estado fallido tal como lo describe González, debido a la suma de factores que causaron ingobernabilidad: abandono Estatal en zonas de territorio nacional y presencia de otros actores que suplantaban su autoridad, el desarrollo de actividades ilegales (Plantación de Cultivos Ilícitos, ejercicio de Minería Ilegal), en vastas zonas del territorio sin ejercicio de control Estatal, alteración continua del orden público representada en violencia anti-estatal, incremento de la criminalidad, desobediencia civil, reticencia al pago de impuestos, falta de cohesión de los grupos étnicos, culturales y religiosos y ausencia de vigilancia en vastas zonas del territorio nacional (González González: 2014).

Sin embargo la respuesta institucional ha permitido la desmovilización y desmantelamiento de organizaciones criminales y grupos armados entre los años 1990 a 2018, entre otras razones por la colaboración de la comunidad internacional especialmente con el: “Plan Colombia”, programa que financió económica y tecnológicamente la lucha contra los actores del conflicto, a la postre preservó la existencia de la institucionalidad a pesar de la confrontación militar y la crisis humanitaria sufrida en diversos sectores del territorio nacional.

De acuerdo con informaciones institucionales, se puede observar que los actores del conflicto armado se han transformado intempestivamente en nuevas estructuras criminales. Con el paso de los años han dejado de identificarse como guerrillas, autodefensas, carteles de la droga y organizaciones de narcotráfico que son considerados como rezagos de los carteles del narcotráfico sometidos por el Estado; para pasar a ser identificadas como Bandas Criminales Emergentes, (BACRIM), Grupos Armados Organizados y Grupos delictivos Organizados.

Conforme a la directiva 014 de 2011 del Ministerio de Defensa Nacional, las BACRIM son consideradas como Bandas Criminales Emergentes debido a que eran reductos de las autodefensas que no se habían desmovilizado en el proceso de paz desarrollado en el periodo presidencial de Álvaro Uribe. Sin embargo, este término es acuñado dentro de la política de seguridad democrática como la designación de un grupo criminal pequeño con baja estructura militar y operacional. Con el paso del tiempo; ampliaron su organización y hoy se conocen como GAO.

La resolución 015 de 2016 que hace referencia al concepto de Grupo Armado Organizado (GAO) señala:

(...) Estos grupos carecen de ideología política y la aplicación de la presente directiva no les concede estatus político alguno. Sin embargo, no por ello, se puede desconocer que su actuación tiene un alcance nacional e internacional, que, a partir de la concertación de sus integrantes, está asociado para la comisión de diferentes delitos con fines económicos y materiales (Ministerio de Defensa Nacional: 2016, p. 4).

Específicamente se identifican por: a.

(...) Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado, la población civil, bienes civiles o contra otros grupos armados.” b. “Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere la de los disturbios y tensiones internas.” c. “Que tenga una organización y un mando que ejerce liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional (*Ibid.*: p. 5).

A *contrario sensu*, por Grupo Delictivo Organizado se denominará como aquel: estructurado por tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Los delitos cometidos

por estos grupos no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional, sino que abarcarán tipos penales en territorio nacional.

Esa distinción de organizaciones criminales constata la existencia de un conflicto armado que se ha degradado por razones ideológicas y criminales (Carvajal Martínez: 2015), en el que cada uno ha delimitado su poder de acción de acuerdo a sus intereses, que pueden ser de variada índole, lo que quiere significar que su existencia puede tener varias finalidades a la de enriquecerse económicamente; en consecuencia, la calificación de organizaciones criminales no está íntimamente limitada a móviles económicos, pues puede obedecer a fines políticos, terroristas, fundamentalistas que le otorguen un tratamiento jurídico diverso, lo que no quiere decir que éstas no efectúen comportamientos penales graves y que se asocien con otras estructuras criminales de la geografía mundial (Sánchez Herrera: 2012).

Según la agencia para la reincorporación y la normalización hay 59.906 desmovilizados, gran parte de ellos sometidos al escenario de la justicia transicional reglamentada en los periodos de los presidentes Uribe y Santos, lo que implica teóricamente el desaparecimiento de grupos desestabilizadores de la institucionalidad; sin embargo, de su desaparición subsisten grupos autónomos que cuentan con poder militar y que dedican sus actividades a diversos fines, estos se han identificado como: Grupos Armados Organizados y Grupos Delictivos Organizados.

De acuerdo con la directiva 015 de 2016, se puede observar que el concepto de organización criminal tal como consta en la Convención de Palermo pertenece al grupo GDO, son estructuras criminales que cometen delitos graves y realizan actividades de delincuencia transnacional, mientras que los GAO son considerados como grupos que amenazan la estabilidad institucional, realizan ataques en contra de la fuerza pública y la población civil, tienen una estructura armada organizada que choca con el poder de sometimiento institucional, en relación a su armamento y logística, lo que refleja que su capacidad de destrucción sea mayor, no cuenta con un proyecto ideológico o político, sus intereses son egoístas, así como tienen la facultad de efectuar operaciones militares sostenidas. Al respecto el Proyecto de Ley 14 de 2017: "Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales y se adoptan medidas para su sujeción a la justicia", afirma:

(...) Los GAO se especializan en la explotación de economías ilegales tales como el narcotráfico, incluyendo toda la cadena de producción (adquisición de insumos, cultivo, cosecha y procesamiento) transporte, distribución y lavado de ganancias; la minería ilegal de metales preciosos como el oro, el platino y las esmeraldas, así como de metales de uso industrial como el coltán; la trata de personas en la modalidad de trata de blancas (hombres y mujeres obligados a ejercer la prostitución) y la trata de inmigrantes; el contrabando, especialmente de combustibles, artefactos tecnológicos y vestuario, con doble propósito, el blanqueo de capitales de otras rentas ilegales y la ganancia directa del ilícito en cuestión; la corrupción de las rentas estatales (captura de espacios de la administración pública a nivel subnacional) a través del desfalco de fondos o la cooptación de puestos públicos y contratos públicos. Así mismo, bajo la modalidad de franquicias criminales, los GAO. "Subcontratan" o "tercerizan" actividades criminales, como las extorsiones, secuestros y homicidios fletados, a Grupos Delictivos Organizados (GDO); igualmente, les entregan el control de la administración del microtráfico para generar rentas adicionales. Estas organizaciones en todo sentido carecen de plataformas políticas; en ningún caso se puede concebir la idea de un proyecto político o de la existencia de una ideología central que guíe las actividades de dichas organizaciones; su objeto es la consecución del lucro (Congreso de la República: 2017, p. 27).

Una diferencia fundamental dentro de la reacción institucional frente a este fenómeno criminal radica en que los GAO serán combatidos por las Fuerzas Militares o por comandos especiales de la Policía Nacional, bajo el estatuto de DIH, debido a su poder militar mientras que los GDO serán combatidos por la policía

nacional, con base en las normas de los DDHH, debido a que son estructuras pequeñas y encaminan su ejercicio a actividades económicas estrechamente relacionadas con el crimen organizado convencional debido a que estos grupos no ponen en peligro a la institucionalidad.

Lo paradójico es que, aunque se han desmovilizado los actores armados del conflicto, han aumentado las actividades de cultivos ilícitos, en 2016 se tienen registradas oficialmente 146.000 hectáreas de hoja de Coca, lo que tiende a igualar la cifra registrada de 163.000 hectáreas del año 2.000; de acuerdo con el Observatorio de drogas en Colombia:

Los departamentos de Nariño, Putumayo, Norte de Santander y Cauca concentran el 72% de toda la coca sembrada en el último año en el país. Cabe resaltar que seis departamentos tienen menos de 50 hectáreas: Santander, Magdalena, Cesar, Guainía, Boyacá y Arauca, mientras que Cundinamarca, Caldas y La Guajira se encuentran libres de cultivos de coca (Reporte de Drogas de Colombia: 2017, p. 64).

La razón que tiene el observatorio nacional de drogas sobre el aumento de cultivos ilícitos en el periodo de 2016, se establece en:

Período 2014-2017 (T3): Tendencia al incremento de los cultivos y la producción de drogas que podría coincidir con hechos como el posible aumento de las expectativas de los cultivadores para recibir beneficios como contraprestación por la eliminación de los cultivos de coca; el incremento del precio de la hoja de coca en un 40%; la reducción de riesgos al productor; los elementos coyunturales asociados a las economías del oro y petróleo; y la devaluación del peso (*Ibid.*: p. 63).

Sin embargo este hecho está íntimamente ligado a la aparición de bandas criminales emergentes en 2013, reductos de las autodefensas que no se desmovilizaron y se establecieron como organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico y especialmente a la eliminación del método de fumigación de cultivos ilícitos con glifosato, cosa que también influyó drásticamente en las áreas afectadas al incrementar su producción, es de advertir que la erradicación manual de coca ha disminuido a cero (0) en 2018 (Observatorio de Drogas de Colombia: 2018).

El observatorio de drogas de Colombia indica que Tumaco tiene la mayor producción de hoja de coca con 23.148 hectáreas sembradas correspondiente al 16 % de la coca del país (Reporte de Drogas de Colombia: 2017, p. 20); este municipio tiene un grave problema de orden público debido a la presencia de organizaciones criminales que ejercen su poder frente al negocio del narcotráfico y especialmente con la actividad de cultivos ilícitos, casas de pique, (casas en las que se descuartizan y torturan personas), explotación a niños y explotación sexual, lo que coincide con los elementos planteados en relación al abandono Estatal en grandes sectores del territorio nacional.

Esa situación de pobreza, violencia y abandono la vive el Cauca, Nariño, Putumayo, Norte de Santander, específicamente en el Catatumbo, en donde la situación de orden público desborda los marcos legales y clama la intervención Estatal apresuradamente. Esa es la cara del posconflicto, sin embargo, es el escenario regional en donde se vive la nueva mutación de las organizaciones criminales y la violencia.

4. CONCLUSIONES

Las organizaciones criminales se han apropiado de la globalización, información y tecnología para desarrollar su actividad delictiva; se han instituido en un verdadero enemigo privilegiado de la sociedad contemporánea, que desestabiliza a los Estados, sus democracias y especialmente somete al individuo a una permanente vulneración efectiva de sus derechos humanos.

La comunidad internacional debe luchar contra este fenómeno implementando políticas internacionales que igualen materialmente a todos los Estados generando condiciones de vida digna y eliminando circunstancias de pobreza y marginalidad que posibilitan este fenómeno criminal.

Las organizaciones criminales en las sociedades globalizadas, no solo realizan actividades con fines de lucro, sino que realizan procedimientos que ponen en peligro la existencia de la humanidad pues son aliadas del terrorismo, la inadecuada utilización de los recursos naturales, la desestabilización de los mercados, lo que provoca: inflación, pobreza y corrupción.

Las organizaciones criminales han modificado su comportamiento en el posconflicto. Colombia pasó de tener enemigos que pretendían someter a las instituciones jurídico políticas a grupos armados organizados y grupos delictivos organizados que se apropiaron de la violencia del conflicto para desarrollar sus actividades delictivas en el contexto de una violencia regional. La pobreza, el abandono y la corrupción institucional de las regiones que experimentan este fenómeno criminal son el verdadero aliado de su existencia.

Colombia en el post conflicto debe dedicar su transformación como nación al afianzamiento y protección del tejido social, con el objetivo de abandonar el centralismo y empezar a construir un futuro político y administrativo desde el ámbito regional que desarrolle productivamente cada espacio del territorio nacional. De tal forma que la sociedad se convierta en un aliado fundamental del ejercicio de sus derechos humanos, al eliminar toda aspiración facilista de enriquecerse a costa del delito.

Colombia debe realizar una revolución educativa que elimine la "cultura de la ilegalidad" y afiance los valores de una sociedad justa y libre. Debe y tiene que utilizar la globalización y la tecnología como mecanismo expedito para afianzar los lazos culturales y sociales, sin perder su identidad nacional.

Colombia debe invertir sus recursos económicos, en las regiones con mayor índice de pobreza. En consecuencia, debe implementar dinámicas de sensibilización humana encaminada al respeto de los derechos humanos y al emprendimiento frente a los escenarios del mercado interno e internacional.

Debe existir una política frontal de lucha contra las organizaciones criminales derivada en dos frentes: políticas públicas, el Estado debe recuperar la zonas del territorio nacional que se han perdido por la violencia fruto del conflicto armado, en consecuencia debe hacer inversión social y no solo presencia institucional armada, debe efectuar una verdadera política agraria y ambiental que transforme al sector agrario y explote adecuadamente la biodiversidad; debe hacer políticas penales que permitan someter rápidamente a los miembros de las organizaciones criminales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agencia para la reincorporación y normalización. Gobierno de Colombia. Estadística histórica desmovilizada. Recuperado en: <http://www.reintegracion.gov.co/es/la-reintegracion/>. Página revisada por última vez el 6 de mayo de 2018.

Albrecht, H. (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Annan, K. (2004). *Prólogo. Convención de Palermo y sus anexos*. Recuperado de: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>. Revisada por última vez el 5 de mayo de 2018. New York.

Ávila Martínez, A. & Pérez-Salazar, B. (2011). *Mercados de criminalidad en Bogotá*. Rocca, Bogotá.

Basta ya Colombia memorias de guerra y dignidad. Centro de memoria histórica, en: *Capítulo II: Los motivos y transformaciones de la guerra*. Recuperado de: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/capitulo2.html>. Revisado por última vez 06/05/2018. pp. 111-194.

Bauman, Z. & Lyon, D. (2013). *Vigilancia líquida*. Paidós, Barcelona.

Bauman, Z. (2014). *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Ensayo TusQuets, México D.F.

Beck, U. (1994). *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona.

Bedoya Chavarriaga, J.C. (2015). Derecho y drogas: Inconsistencias de la política pública y penitenciaria. *Novum Jus*, 9, (2), pp. 75-94.

Bernal Castro, C. (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Bernal Castro, C. (2015). *La investigación penal en las sociedades postindustriales. Una tensión entre el efectivismo y el garantismo penal en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Caparros, E. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Colex, Madrid.

Carvajal Martínez, J. (2010). Seguridad ciudadana y política. *Novum Jus*, 4, (1), pp. 9-32.

Carvajal Martínez, J. (2011). *Derecho y lógicas de seguridad en Colombia*. Universidad Libre de Colombia, Bogotá.

Carvajal Martínez, J. (2015). La degradación del conflicto armado interno en Colombia: causas y efectos, en: *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, pp. 10-33.

Carvajal Martínez, J. (2015). *Derecho, seguridad y globalización*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Castells, M. (1999). *Globalización, sociedad y política en la era de la información*. Universidad Nacional, Bogotá.

Da Silva Miranda, A. (2014). *Tráfico de personas*. Una banalización más del mal moderno. *Novum Jus*, 8, (2), pp. 111-132.

Directiva 014 de 2011. *Por la que establece la estrategia nacional de lucha contra las BACRIM*. Ministerio de Defensa Nacional, Bogotá.

Directiva Permanente 015 de 2016. *Mediante la cual se expiden los lineamientos del Ministerio de defensa, nacional para caracterizar y enfrentar a los Grupos Armados Organizados (GAO)*, Bogotá.

Elster, J. (2006). *El cambio tecnológico. Investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social*. Gedisa, Barcelona.

Foucault, M. (2005). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI, México D.F.

González González, F.E. (2014). *Poder y violencia en Colombia*. Edecofi y Cinep, Bogotá.

- González Monguí, P.E. (2013). *Procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- González Monguí, P.E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Jakobs, G. & M. Cancio, M. (2005). *Derecho penal del enemigo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Llano Franco, J. (2011). Apuntes para la comprensión del conflicto armado colombiano contemporáneo. *Novum Jus*, 5, (2), pp. 9-27.
- Llano Franco, J. (2016). Pluralismo jurídico. Diversidad cultural identidad, globalización y multiculturalismo perspectiva desde la ciencia jurídica. *Novum Jus*, 10, 1, pp. 49-52.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales*. Anthropos, Barcelona.
- McLuhan, M. & Fiore, Q. (1969). *El medio es el mensaje. Un inventario de efectos*. Paidós, Buenos Aires.
- Ministerio de Justicia (2017). Observatorio de drogas de Colombia. (ODC). *Problemática oferta de drogas. Cultivos*. Recuperado de: <http://www.odc.gov.co/sidco/perfiles/estadisticas-nacionales> . Página revisada el 5 de mayo de 2018. Bogotá D.C.
- Ministerio de Justicia (2017). Observatorio de drogas de Colombia.(ODC) *Reporte drogas de Colombia. 2017*. Recuperado de: <http://www.odc.gov.co/sidco/perfiles/estadisticas-nacionales> . Página revisada el 6 de mayo de 2018.
- Moya Vargas, M.F. (2017a). Semiótica de la Justicia: opción metodológica del derecho. *Teoría del Derecho Contemporáneo*. Universidad La Gran Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2017b). *Fundamentos semióticos Para la investigación jurídica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2016). Acerca del principio de congruencia: estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004. *Pensamiento Jurídico*, (44), pp. 259-290.
- Moya Vargas, M.F. y C. Bernal Castro (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá
- Moya Vargas, M.F. (2015). *Producción probatoria de la verdad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2013). Óptica, episteme y orígenes del principio de congruencia en el proceso penal. *Revista Sociología del Derecho*, 2, pp. 37-64.
- Moya Vargas, M.F. (2010). *Una Manifestación de política penal aplicada: el procesamiento de personas ausentes en la Ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo e Imprenta Nacional, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2012). *La Verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2011). *Relaciones judiciales penales internacionales*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2008). La Transvaluación: sus posibilidades como categoría de análisis en la investigación sociojurídica. *Novum Jus*, 2, (1), pp. 33-68.
- Naciones Unidas (2004). *Convención de Palermo. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. ONU, Nueva York.
- Noguera Sánchez, H. (2013). Democracia dirigida, terrorismo invertido. Normalización del terrorismo de Estado y de la excepcionalidad en la democracia. *Novum Jus*, 7, (2), pp. 129-156.

Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre drogas 2016: https://www.unodc.org/doc/wdr2016/WDR_2016_ExSum_spanish.pdf, revisada por última vez el 5 de mayo de 2018.

Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre drogas 2017: http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/internacionales/IN1022017_infome_mundial_sobre_drogas_2017.pdf, revisada por última vez el 5 de mayo de 2018.

Orsi, O. (2007). *Sistema penal y crimen organizado*. Del Puerto. Buenos Aires.

Pérez-Salazar, B. (2007). Organizaciones criminales transnacionales, “espacios ingobernados” y una doctrina que emerge. *Prolegómenos*, 10. (2), pp. 17-26.

Pérez-Salazar, B. (2011). *Historias de la captura de rentas públicas en los Llanos Orientales*. In: *La economía de los paramilitares. Redes, corrupción, negocios y política*. Random House Mondadori, Bogotá, pp. 75-147.

Pérez-Salazar, B. & Velásquez Monroy, C. (2013). Procesos de renovación urbana, brecha de rentas del suelo y prácticas predatorias: el caso del polígono de intervención del Plan Centro de Bogotá, en: *Colombia centralidades históricas en transformación*. Organización Latinoamericana y del Caribe de Centros Históricos OLACCHI, Bogotá.

Proyecto de Ley No. 14 de 2017 Senado “Por medio de la cual se fortalece la política criminal y penitenciaria en Colombia y se dictan otras disposiciones”. Recuperado <http://www.comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/94-proyecto-de-ley-no-14-de-2017-senado-por-medio-de-la-cual-se-fortalece-la-politica-criminal-y-penitenciaria-en-colombia-y-se-dictan-otras-disposiciones>. Visitado última vez 6/05/2018.

Registro único de víctimas. Gobierno de Colombia. Recuperado en: <https://rmi.unidadvictimas.gov.co/RUV>, Vista por última vez el 6 de mayo de 2018.

Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4ª ed., Temis, Bogotá.

Sánchez Herrera, E. (2012). Modelos de imputación en la criminalidad organizada, en: *XXXIII Jornadas internacionales del derecho penal política criminal y derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 339-372.

Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. pp. 845-863.

Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Silva García, G. (1998). Delito político y narcotráfico, en: *La problemática de las drogas. Mitos y realidades*. Universidad Externado de Colombia y Proyecto Enlace del Ministerio de Comunicaciones, Bogotá. pp. 65-90.

Silva García, G. (2000a). Una revisión del análisis económico sobre el derecho. *Economía Institucional*. (2), pp. 173-196.

Silva García, G. (2000b). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. *Derecho Penal y Criminología*, XXI, (68), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 129-143.

Silva García, G. & Pacheco Arrieta, I. F. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp. 185-208.

- Silva García, G. (2006). Prospectivas sobre la educación jurídica, en: Pérez Perdomo, R & Rodríguez, J. C. (coords.). *La formación jurídica en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 29-100.
- Silva García, G. (2011a). *Criminología. Teoría sociológica del delito*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2011b). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.
- Silva García, G. (2015). Secuestro político y control penal en Colombia. *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, 1, (1), pp. 569-582.
- Silva Sánchez, J. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edisofer, Buenos Aires.
- Vásquez, J. (2017). Resultados por cifras de atentados víctimas de Escobar. Recuperado en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/cifras-de-atentados-victimas-de-escobar/>. Página revisada por última vez el 6 de mayo de 2018.
- Velandia Montes, R. (2012). Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia. *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 11, pp. 19-32.
- Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, Tomo I. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, T. II. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, Bogotá.
- Vivas Barrera, T.G. & Pérez-Salazar, B. (2016). Sobre la situación de graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario en contra de las mujeres en el conflicto armado colombiano, en: *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá. pp. 59-104.
- Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo del derecho penal*. Ibáñez. Bogotá.

BIODATA

Carlos Andrés BERNAL CASTRO: Maestro en derecho Penal de la Universidad de Salamanca, Abogado de la Universidad Santo Tomas. Docente investigador perteneciente al Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad de la Universidad Católica de Colombia, del cual este trabajo es un producto de investigación.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.97-110
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

El paradigma de la seguridad y las tensiones con los derechos humanos

The Paradigm of Security and Tensions with Human Rights

Jorge Enrique CARVAJAL MARTÍNEZ

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4478-3575>

jecarvajal@ucatolica.edu.co

Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1773321>

RESUMEN

Desde la última década del siglo XX los temas relacionados con la seguridad se han convertido en un referente del accionar político, social y jurídico. El texto tiene como objetivo, analizar el concepto de la seguridad en el contexto social-político y la respuesta frente a este modelo desde el discurso de los derechos humanos. Abordamos el estudio desde una perspectiva sociojurídica, con un enfoque cualitativo, en el cual se utilizaron referentes bibliográficos provenientes de la teoría social. El principal hallazgo consistió en evidenciar como las políticas basadas en la seguridad están en contravía del modelo garantista propio del Estado social de derecho.

Palabras clave: Seguridad, derechos humanos, cárcel, castigo.

ABSTRACT

Since the last decade of the twentieth century, issues related to security have become an important aspect of political, social and legal decision-making. The aim of the text is to analyze the concept of security in the social-political context and its impact on punishment as a form of social control. We approached the study from a socio-legal approach, with a qualitative approach, in which bibliographic references from social theory were used. The main finding was to show how security-based policies are not based on a guarantee model of the social state of law.

Keywords: Security, human rights, prison, punishment.

Recibido: 22-06-2018 • Aceptado: 19-07-2018



Utopía y Praxis Latinoamericana publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported (CC BY-NC-SA 3.0). Para más información dirijase a https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/deed.es_ES

1. INTRODUCCIÓN

El discurso de la seguridad, se ha convertido en un referente que es cada vez más recurrente en el mundo contemporáneo. Los aspectos tratados desde la seguridad son diversos, se abordan temas como: la inseguridad vial (Velandia Montes: 2013), la inseguridad ciudadana (Velandia Montes: 2015a), la indemnidad sexual de los menores de edad, las redes criminales (Velandia Montes: 2015b), la migración (Velandia Montes: 2015a), el terrorismo y problemas fronterizos. También son discutidos los modelos de organización y el papel de la policía (Silva García: 2003a; 1998). Esta amplitud produce una pluralidad de visiones o posturas, en ella intervienen: políticos, actores sociales, medios de comunicación y sectores económicos, que se sienten con autoridad de opinar frente al tema (Carvajal Martínez: 2008), bajo la idea de que el saber especializado no tiene la capacidad de dar respuesta satisfactoria a los problemas que enfrentan las sociedades y que ella solo se puede encontrar en el saber común (Velandia Montes: 2014; 2015a).

La seguridad se ha convertido en el eje de la discusión de lo político y lo social, este modelo ha desconocido otros componentes de conflicto como, por ejemplo, la estructura económica, la violencia de Estado, la exclusión social o el papel de las transnacionales. En este aspecto se suprimen debates como los planteados por Oscar Mejía, quien afirma, que existe una relación estrecha entre modelo económico neoliberal y democracia formal, en donde prima las lógicas del mercado y los intereses de las transnacionales, quedando la participación en un segundo plano (Carvajal Martínez: 2008). A lo político se le va a despojar del poder de determinar el rumbo de la economía y se presentará una subordinación de la política a las directrices económicas. De tal manera que los problemas de distribución e inequidad de este modelo no son abordados con la misma dimensión que la temática de la seguridad, este último aspecto es lo que predomina en la agenda del poder (Moya Vargas: 2015a; 2015b).

Si bien es innegable que la inseguridad, es un fenómeno social que debe ser atendido por la política pública por medio de medidas de control social, con el fin de desarrollar un orden social que otorgue garantías a los ciudadanos sobre sus derechos, lo cierto es que desde sectores del poder se promueve la inseguridad como incertidumbre-temor o miedo (Corey Robin: 2004). A partir de del miedo, el derecho penal se ha convertido en la principal herramienta para el desarrollo de medidas tendientes a otorgar seguridad, desde allí se impulsan medidas de control social de corte represivo, autoritarias o populistas, traducidas en la creación de nuevos tipos penales, el aumento de penas y la cárcel como escenario de castigo (Elbert: 2009; Restrepo Fontalvo: 2014; Velandia Montes: 2015a).

Este modelo ha sido liderado desde el poder y auspiciado por los medios de comunicación, los legisladores, la cooperación internacional y diferentes centros de conocimiento que validan el discurso orientado al populismo punitivo (Carvajal Martínez: 2010; Moya Vargas: 2012; Velandia Montes: 2015a). Este populismo punitivo se empieza a gestar cuando los medios audiovisuales realizan la cobertura del hecho delictivo, concentrándose en el dolor de las víctimas y de los familiares de las víctimas y sus manifestación de reclamos de justicia, este escenario genera la empatía ciudadana por el clamor de justicia de las víctimas, lo que hace que la clase política reaccione a favor de este sentimiento, lo cual tiene la adopción de diferentes medidas populistas, como por ejemplo, el aumento desmedido de penas (Barata: 2008). Esto ha generado en la sociedad una opinión cuyo sentimiento va orientado a la búsqueda de la seguridad como el aspecto más importante para resolver por parte de los políticos y de la sociedad (Moya Vargas: 2013).

La presente investigación tiene como objetivo analizar el concepto de la seguridad en el contexto social-político y su incidencia en los derechos humanos. Para ello se recurrirá al análisis documental y tendrá como punto de reflexión epistémica la seguridad como discurso del poder, a cual se constituye en paradigma del control social. Este texto sintetiza algunos elementos de orden teórico y realiza una aproximación a las lógicas que la globalización, el neoliberalismo y la seguridad.

Las partes que contiene el texto son tres. En primer lugar, se estudia la seguridad como paradigma hegemónico, tema que busca analizar son los nuevos valores políticos y sociales que emergen en el escenario de la post-guerra fría; en segundo lugar, se analiza la política de la seguridad en torno al control social y Castigo; y el tercer lugar, contrasta el modelo imperante frente a los derechos humanos. Por último, presentamos las conclusiones y la bibliografía.

2. LA SEGURIDAD COMO PARADIGMA HEGEMÓNICO

La hegemonía se enmarca como una creación de un modelo de pensamiento que busca inducir a todos los ordenamientos sociales a compartir similares propósitos, como guía para el orden social. En este sentido, nos acogemos al siguiente término de hegemonía como el poder de la clase dominante en hacer que sus intereses se asuman por otros sectores sociales como propios (Mouffe: 1998).

En la actualidad la hegemonía está vinculada al modelo neoliberal el cual promueve la apertura de mercados y la privatización. De manera concomitante se construyó una política internacional, liderada desde Estados Unidos Norte América que tiene como prioridad la lucha contra el terrorismo y la inseguridad. Este modelo se ha caracterizado porque pone en duda los espacios internacionales de derechos humanos, y otorga al poder ejecutivo nuevas lógicas de excepcionalidad y de atribuciones con las cuáles restringen las garantías de los derechos.

Por otra parte, existe por parte de la sociedad un enorme sentimiento de inseguridad y como respuesta al reclamo por seguridad, la política pública construye diversas medidas con el fin de otorgar la anhelada protección. Se impone un nuevo paradigma de seguridad en la política y en el derecho penal (Bernal Castro: 2013). En este sentido desde el populismo punitivo se presentan las posibles soluciones frente a la inseguridad. Aparecen discursos que propenden por una transformación del sistema penal, además, el riesgo y la amenaza se convierten en elementos determinantes de la acción policial, se pone en duda los fines y las funciones de la resocialización y la rehabilitación de la pena. Por último, se comienzan a cuestionar las garantías legales, las cuales tenían como sustento el respeto a la persona humana, a la vida, la presunción de inocencia, el acatamiento de los derechos humanos, así como la unión entre legalidad y libertad (Restrepo Fontalvo: 2003).

Se desarrollan nuevos escenarios legales donde la leyes penales tienen por regla el incremento de las penas, más cárceles, la implementación de sistemas de monitoreo y de seguimiento, así como la incursión de nuevos actores como las empresas de vigilancia o seguridad privada, el denominado "vigilantismo" (González Mongui: 2013), con frecuencia orientado "a defender los intereses de unos pocos privilegiados, alejándose del principio del interés general y en ocasiones llagando a la violación de los derechos fundamentales" (Restrepo Fontalvo: 2014). Esta nueva dimensión de la política criminal y su vínculo con la seguridad, esta correlacionada con el nuevo modelo económico neoliberal, el cual es altamente excluyente (Moya Vargas: 2010).

Después de la guerra fría, la ideología de la "seguridad", debe enmarcarse como parte de la representación de la globalización. En este contexto amenazas como el tráfico internacional de estupefacientes y de personas con fines de explotación sexual o laboral, la corrupción, el lavado de activos, los ataques a la ciberseguridad y el tráfico ilícito de armas de fuego, han emergido como desafíos multidimensionales a la seguridad humana y de los Estados (Pérez-Salazar: 2013; Silva García: 2000a). Esto junto con otros valores políticos e ideológicos sobre los cuales se ha fundamentado la agenda de la post-guerra fría, como lo son: el discurso de los derechos humanos, el modelo económico neoliberal y la democracia como referente ético, político y social. En la actualidad con matices y prioridades, propias de países o regiones, la agenda de la seguridad se ha constituido como un discurso hegemónico en el mundo, coincidiendo en medidas como las que propenden por la aplicación de doctrinas estado-céntricas basadas en medidas de contrainsurgencia y estabilización de "espacios ingobernados", así como castigos más

severos, involucrarán análisis económicos, una agresiva política carcelaria para encerrar a los que delinquen, la excepcionalidad penal y la tolerancia cero (Moya Vargas: 2008; Pérez-Salazar: 2007; 2013). Esto se ha acompañado de manipulaciones de datos relativos a la criminalidad, acusaciones contra los académicos de oficiar como cómplices del crimen y distorsiones sobre las problemáticas que conciernen al delito, que fueron criticadas de modo contundente (Silva García & Pacheco Arrieta: 2001; Silva García: 2000b), pese a lo cual han calado en muchos sectores.

Ahora bien, a pesar de una coexistencia entre diversos discursos como democratización participación, paz, derechos humanos y la seguridad, este último obtuvo una connotación especial con el 11 de septiembre de 2001. A partir de entonces, los Estados Unidos impusieron su modelo unipolar en las relaciones internacionales contemporáneas, así como su modo de resolver conflictos, el cual se ha caracterizado por tener un enfoque autoritario y represivo, ajeno a las directrices señaladas por las instituciones del derecho internacional público como las Naciones Unidas. La política exterior de los Estados Unidos tiene tres pilares fundamentales, los cuales son: La libertad, la democracia y la seguridad nacional, esto se conoce como el "destino manifiesto", lo cual no es otra cosa que la creencia de que son los Estados Unidos los que deben guiar el rumbo de la humanidad (Carvajal Martínez: 2010).

Si la caída del muro de Berlín y el derrumbe del modelo soviético, generaron en la conciencia colectiva del mundo la derrota del comunismo y las ideas de la consolidación del modelo democrático insertado en un nuevo orden capitalista. Con el 11 de septiembre, se dio un giro al modelo, los Estados Unidos se convirtieron en el regente del sistema internacional, con esto surgió una nueva fase en la política y las relaciones internacionales y un nuevo referente de análisis de las mismas basadas la seguridad (Gray: 2004).

Después del 11 de septiembre de 2001, un elemento que caracteriza la seguridad son las nuevas formas de excepcionalidad para el tratamiento de diversos temas a los cuales busca dar respuesta. Cuando se habla de seguridad se incluye temas tan heterogéneos como: el crimen organizado, la seguridad pública, la delincuencia juvenil, la migración y la lucha contra el terrorismo. Todos estos aspectos que tienen un origen diferente, son tramitados desde el discurso político como un problema de seguridad.

Las medidas que se toman de control social van a estar enmarcadas dentro de lo que Agamben ha denominado como estado de excepción, tesis que plantea que los estados modernos han permanecido bajo la excepcionalidad legal so pretexto de la defensa de las libertades o el orden social (Agamben: 2004). Así, por ejemplo, desde el actual concepto de *seguridad*, se han creado en varios países de occidente leyes que son presentadas como un medio o instrumento para la realización plena de las libertades públicas y para garantizar la democracia de los países frente a enemigos internos o externos. Paradójicamente, la reglamentación que se construye alrededor de la imagen de *seguridad*, es criticada por obstruir considerablemente la realización de los derechos fundamentales y de las libertades reconocidas en los pactos internacionales de derechos humanos y en las constituciones de los países (Restrepo Fontalvo: 2017).

En lo social, las políticas de seguridad se orientan a la construcción de discursos que buscan construir nuevas lógicas control y cohesión social. De tiempo atrás, las élites adelantaron un proceso de construcción social del imaginario acerca de la criminalidad y los criminales, que persiste hasta nuestros días, como puntal de una política de exclusión social que les resultaba favorable a sus pretensiones de control (Silva García: 2011a); como también repercuten en el proceso de construcción social de la decisión judicial (Silva García: 2001).

En este caso la seguridad no es un discurso aislado, es construida por las élites políticas y económicas que canalizan esta demanda de miedo colectivo, para fortalecer sus propios intereses. Este miedo recae sobre grupos de poblaciones por lo general los excluidos del modelo neoliberal como los pobres, los inmigrantes o personas de color.

Estas lógicas encubren la naturaleza y dinámica del conflicto social, puesto que no permiten advertir que las políticas de seguridad impulsadas, las definiciones de criminalidad impuestas y el uso dado a los aparatos

de control penal, obedecen a intereses de grupos concretos, que usan su poder de modo selectivo (Silva García: 2008).

Las lógicas de seguridad, logran generar un amplio consenso de diversos sectores sociales, dejando de lado otros aspectos como los efectos del modelo económico neoliberal que genera pobreza, el aumento de la inequidad, la desregulación laboral y las dinámicas de explotación y extracción de las transnacionales (Murillo: 2004).

Desde el discurso de la seguridad se generan diversas medidas encaminadas a dar respuesta a la solución de esta problemática. Una de las medidas más recurrentes se da desde el discurso del derecho penal con propuestas relacionadas con medidas de corte punitivo, las cuales se concentran en la creación de nuevos tipos penales, el aumento de poderes discrecionales de la Fiscalía (Silva García & Díaz Ortega: 2015), el incremento del castigo y la amenaza de la cárcel como solución al problema de la seguridad (Anitua: 2007), la determinación arbitraria del monto de las penas (Silva García & Velandia Montes: 2003), el uso selectivo y discriminatorio de la prisión (Silva García: 2008). Estas medidas terminan por generar una relación de tensión entre seguridad y la demanda punitiva frente al discurso de los derechos humanos (Bernal Castro: 2015).

3. LA SEGURIDAD, CONTROL SOCIAL Y CASTIGO

La inseguridad ciudadana es uno de los elementos que se han utilizado como justificación de los incrementos del control social y de medidas populistas de corte penal caracterizadas por la creación de nuevas formas delictivas y la cárcel como forma de castigo. Ella ha motivado reformas y tentativas de reformas a la justicia, constitucionales y legales, con el pretendido pretexto de neutralizarla, aun cuando se hace evidente que su único propósito es reducir los espacios democráticos de la administración de justicia (Silva García: 2003c).

Ahora bien, es cierto que existe un incremento de la delincuencia a partir del 1990, estudios regionales hechos por la Cepal y el Banco Interamericano de Desarrollo, señalaban que desde la última década del siglo XX, en América Latina se presenciaba un crecimiento del crimen y la violencia, así como un aumento de la delincuencia en las principales ciudades de la región (Portes: 2004), aunque las cifras deberán, en todo caso, ser manejadas con la reserva propia de los datos de la criminalidad registrada (Restrepo Fontalvo: 2008). Varios tipos de delitos ofrecen rangos de frecuencia preocupantes, como el secuestro (Silva García: 2015), el homicidio, las infracciones contra el patrimonio económico y el narcotráfico.

Esta situación ha hecho de la seguridad pública una de las principales preocupaciones por parte de la ciudadanía (Moya Vargas: 2017a; 2017b). Sin embargo, se desconoce que el origen de esta situación esté relacionado con la política económica y los efectos del modelo neoliberal. Los fenómenos de contracción del empleo formal y el crecimiento de la desigualdad en la población han crecido producto del neoliberalismo económico, en este escenario no es de extrañar que algunos miembros de la sociedad acudan a mecanismos que están por fuera de la ley para mejorar su situación económica (Portes: 2004). Mientras que se desarrolla una estrategia para articular el poder judicial a los intereses de las élites (Silva García: 2006a).

A nivel global, la demanda punitiva ve el castigo representado en la cárcel, como el principal medio sobre el cual se pretende mostrar la eficacia de la política criminal. Hoy en día, el sistema punitivo, lleva con más frecuencia a personas a la cárcel y en este lugar, se presenta una alta vulneración de derechos humanos, acompañadas por un alto nivel de impunidad, ineficiencia y "selectividad" social (González Monguí: 2014). Como resultado, uno de los aspectos más críticos en el sistema penal, es la crisis humanitaria que se presenta en las cárceles producto de la sobrepoblación penitenciaria (Anitua: 2013; Silva García: 1995).

En el caso colombiano las estadísticas evidencian un crecimiento permanente de la población penitenciaria. Para 1993, dos años después de proclamada la Constitución de 1991, que instituyó a Colombia

como un Estado social y democrático del derecho, la población carcelaria en el país era de 29.114 reclusos con un hacinamiento de apenas el 4,68%. Para el 2016 la población carcelaria es de 121.356 personas privadas de la libertad bajo su custodia, sin contar con las demás personas que presentan una restricción de derechos, esto es, que tienen prisión domiciliaria, prisión en centros militares o municipales, sistemas de control y vigilancia electrónica, entre otros, todo lo cual nos lleva a una cifra de aproximadamente 172.000 personas. La tendencia siempre va en aumento, muestra de ello es que para marzo del año 2015 la población privada de la libertad era de 118.658 de manera que en un año aumentó en aproximadamente 52.700 reclusos. Al tiempo, la crítica ha desnudando las falencias estructurales e incongruencias de la finalidad resocializadora de la pena, así como de la opción retributiva propia de la teoría de la imputación objetiva que pretende erigirse en su alternativa (Silva García: 2003c).

Por otro lado, estadísticas oficiales señalan que el 60% de la población carcelaria es de adultos jóvenes entre los 18 y 40 años, con bajo nivel de escolaridad y de los delitos cometidos por los más pobres y no por las grandes organizaciones criminales o empresariales. En este contexto, el poder ejecutivo y el legislativo han mantenido sobre la idea del modelo del populismo penal, medidas similares se presentan en muchos países de occidente, tal y como lo señala Wacquant (2004) en sus trabajos.

Además de lo anterior, el modelo crea una nueva gramática y mecanismos de vigilancia que se esparcen en todos los escenarios especiales tal como sostiene Bauman, al plantear que existe un nuevo panóptico de vigilancia líquida, el cual nos somete a nuevas formas de control y vigilancia (Bauman & David: 2013).

4. LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA POLÍTICA CRIMINAL

A nivel global, durante las dos últimas décadas del siglo XX se implementó el modelo de Estado constitucional contemporáneo. Con esto se revitalizó el discurso de la democracia, las garantías jurídicas y los principios constitucionales que limitan el poder del Estado, estos aspectos se acompañaron del discurso de los derechos humanos y el respeto por las instituciones internacionales de derecho público (Restrepo Fontalvo: 2002).

Frente al tema del tratamiento de la seguridad pública, las Naciones Unidas -ONU- han defendido la necesidad de diseñar políticas dirigidas más a la prevención del delito, que, al populismo punitivo, en este sentido señala que:

(...) La "prevención del delito" engloba toda la labor realizada para reducir el riesgo de que se cometan delitos y sus efectos perjudiciales en las personas y la sociedad, incluido el temor a la delincuencia. La prevención del delito procura influir en las múltiples causas de la delincuencia. La aplicación de la ley y las sanciones penales no se incluyen en este contexto, pese a sus posibles efectos preventivos (ONU: 2010, p.2).

La comprensión del tratamiento del delito y la victimización es más amplia, se entiende que este fenómeno se desarrolla por diferentes causas, las cuales son el resultado de múltiples circunstancias que afectan directamente la vida de las personas y sus familias (Moya Vargas: 2016), los entornos locales y las oportunidades, así como situaciones que facilitan la victimización y la delincuencia. En este plano se plantea, así mismo, la discusión de la interpretación de las acciones que son definidas criminales, como formas de divergencia social dentro de un contexto de conflictividad social, caracterizadas por la diversidad, que son objeto de la intervención del control social penal, el cual de modo selectivo censura ciertos tipos de divergencia (Silva García 2012; 2011b; 2000c; 1999; 1996).

La política criminal debe ser entendida como:

(...) un conjunto de estrategias y medidas encaminadas a enfrentar, de manera específica, el fenómeno de la criminalidad, decidiendo qué comportamientos son ofensivos a bienes jurídicos

tutelados y relevantes para la sociedad y qué instrumentos deben utilizarse para prevenir y/o reprimir las conductas que atentan contra tales bienes (Cita & Quintero: 2011, p.105).

Las políticas de prevención del delito deben contener medidas y recursos extrapenales, con la finalidad de evitar que se dé la ocurrencia del delito, para brindar seguridad (*Ibidem*).

La aplicación de las medidas de prevención del delito debe proteger los derechos de los ciudadanos, los estados no pueden adoptar prácticas arbitrarias de intervención a las libertades personales, como la injerencia en la vida privada de las personas, el tratamiento irregular de bases de datos, la guerra preventiva, el monitorio, entre otras (Carvajal Martínez: 2010). Estas medidas preventivas deben ir en concordancia con los derechos humanos, en especial deben proteger los derechos a la libertad y privacidad de las personas.

Las medidas preventivas y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos no deben tomarse a la ligera. Ferrajoli, citado por Domínguez (2009), realiza una crítica clara a lo que él denomina como un subsistema policivo y de orden público, que nace por las demandas sociales y desvinculado a los principios del derecho penal. Éste establece que el sistema policial de prevención y de factores de riesgo no puede ir encaminado a juzgar por las cualidades personales o por criterios subjetivos como la peligrosidad o si es sospechoso (*Ibidem*). Los factores de riesgo pueden auxiliar a las políticas preventivas del delito, pero no pueden ser utilizadas para saltarse el debido proceso legal en el marco del derecho penal.

La ONU, plantea que existen unos factores de riesgo se encuentran desde la esfera individual de la persona, las relaciones familiares, las diferentes comunidades locales, hasta la sociedad global. En este sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito han establecido una serie de factores de riesgo como la política mundial, la economía global, los medios de comunicación, la comunidad escolar y local, las relaciones familiares, los factores individuales, entre otros (Naciones Unidas: 2011).

A nivel nacional existen diferentes clases de factores de riesgo importantes, dentro de las cuales se encuentra: la desigualdad de clases sociales, los altos niveles de corrupción, la calidad de la infraestructura, los patrones sociales y culturales entre otros. Todos estos tienen la capacidad de aumentar el riesgo de la comisión de delitos (*Ibidem*).

A nivel local los factores determinantes de riesgo son la deficiencia en las autoridades locales, fiscales y administrativas, la falta de prestaciones de los servicios básicos, la falta de condiciones para tener vivienda digna, precariedad en la prestación de los servicios educativos (*Ibidem*).

Finalmente, los factores de riesgo de nivel personal incluyen aspectos como causados por las relaciones familiares como el maltrato familiar, la pobreza, el aislamiento y las relaciones con amigos o compañeros que incitar a la comisión de delitos (Naciones Unidas: 2011; Restrepo Fontalvo: 2014).

Así mismo, se ha cuestionado la criminalización de ciertos comportamientos, como la inasistencia alimentaria (Silva García: 2003d); también se ha planteado la reinterpretación y limitación de la criminalización con relación a la invasión de tierras, el tráfico de drogas y el delito político (Silva García: 1997; 1998).

Las Naciones Unidas también han identificado otros factores de riesgo a gran escala como los grandes movimientos sociales, los desastres ambientales, las recesiones económicas, los cambios en las tendencias del gobierno y el comercio entre otras.

La importancia de lograr identificar los factores de riesgo de la comisión de los delitos es poder prevenirlos. Históricamente se han desarrollado una serie de medidas preventivas del delito, las cuales se encuentran centradas en el desarrollo, la protección del medio ambiente, factores sociales y comunales, entre otras. Sin embargo, algunas medidas de prevención han sido violatorias de los derechos humanos, como: las intervenciones sociales sin el respeto de los derechos fundamentales de las personas, el control policial desmesurado o medidas de la justicia penal arbitrarias han traído consigo violaciones a los derechos humanos que no han cometido ningún delito. Debido a esto las Naciones Unidas ha establecido cuatro categorías principales que deben tener en cuenta los estados al momento de poner en práctica los programas de prevención del delito, los cuales son: 1) La prevención del delito mediante el desarrollo social; 2) La

prevención del delito de base local o comunitaria; 3) La prevención de situaciones propicias al delito; y 4) Programas de reinserción social.

Entre nosotros, Restrepo Fontalvo (2014) ha adelantado unas propuestas de políticas preventivas, basadas en un paradigma humanístico de la criminología, con una minimización del “aparato represor” y enmarcadas en cambios sustanciales dentro del funcionamiento global de la sociedad.

Por otra parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se ha referido en diferentes ocasiones a la prevención de los delitos y a los principios que deben seguir las fuerzas policiales para proteger los derechos humanos de las personas más vulnerables como las mujeres, los niños, niñas; adolescentes, comunidades indígenas, personas migrantes.

La política criminal de los Estados no puede ser igual para todos los sectores sociales, como, por ejemplo, el caso de las personas migrantes y sus familias los cuales se encuentran en una situación de alta vulnerabilidad (especialmente si son mujeres, niños y niñas). Los migrantes no solamente son víctimas de la discriminación y la estigmatización por parte de diferentes sectores poblacionales que indican que los migrantes aumentan la situación de violencia y delincuencia en la sociedad, sino que también son víctimas de la criminalidad transnacional (González Monguí: 2017) y la violencia estatal y privada. En este sentido la Corte Interamericana ha indicado:

(...) los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2003, p. 112).

La vulnerabilidad a la cual se encuentran sujetas las personas migrantes va más allá de una situación de vulnerabilidad manifiesta, sino que esta tiene que ver directamente con el libre desarrollo de la personalidad, las barreras que se le imponen a los sujetos para desarrollar su plan de vida, la vulneración a los derechos a la libertad y la autonomía de ellos (Agudelo & Riaño: 2016).

Los Estados tienen una serie de obligaciones internacionales que deben adoptar con la finalidad de proteger los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. En este sentido existen obligaciones de carácter positivo, como, por ejemplo, la adecuación normativa de los diferentes instrumentos internacionales al sistema jurídico nacional, y las obligaciones de carácter negativo, con las cuales los estados se deben comprometer a no ejecutar ningún tipo de acción que ponga en riesgo las normas establecidas en los instrumentos internacionales y los derechos de las personas vulnerables (Daza: 2013).

Los Estados tienen la obligación de establecer una política pública de seguridad ciudadana que incorpore estándares de derechos humanos como límite infranqueable para la intervención de las fuerzas estatales. Y toda política sobre seguridad ciudadana debe ser definida por los principios de participación, rendición de cuentas y no discriminación.

Frente a la prevención de los delitos y la adopción de políticas públicas la CIDH ha indicado que las políticas no punitivas deben ser implementadas no solo por las agencias estatales, sino por organizaciones de la sociedad civil, la empresa privada, los medios de comunicación. El reconocimiento y activación de sinergias potenciales que pueden establecerse con estos agentes no estatales con capacidad transformadora, debe ser la orientación principal de estas “políticas blandas” (Pérez-Salazar: 2006; 2007; 2013). Las medidas de prevención social, comunitaria y situacional, tienen como objetivo intervenir sobre los

factores de riesgo sociales, culturales, económicos, ambientales que afectan directamente los niveles de violencia y criminalidad.

A pesar de que los diferentes órganos regionales e internacionales de derechos humanos han hecho hincapié en la importancia de la prevención del delito y la adopción de políticas públicas no punitivas en el marco de la protección de los derechos humanos de los ciudadanos, los Estados siguen adoptando modelos que van en contra de estos postulados. Es así, que en el marco de estos modelos se otorgan mayores poderes y autonomía a los cuerpos de policía y a los órganos de investigación judicial o de seguridad, lo que trae consigo el desconocimiento de los derechos, libertades y garantías ciudadanas. De la misma manera se ve que el papel del juez y la independencia judicial se ve afectada por estas medidas (Carvajal: 2010).

5. CONCLUSIONES

El paradigma de la seguridad, representa por un nuevo pacto social que implica nuevas relaciones entre el Estado y la ciudadanía. La política de seguridad se ha fundado sobre varios aspectos: en primer lugar, políticas punitivas las cuales ha generado un incremento inusitado de la población penitenciaria, un sistema que ni evita los delitos, ni proporciona la anhelada seguridad. En segundo lugar, el desarrollo de un discurso que promueve las lógicas del miedo social y que no resuelve las lógicas de exclusión social, por el contrario, encubre el papel del Estado que debe ser el de cumplir con los presupuestos mínimos de un Estado Social de Derecho.

En contraposición a lo anterior, el discurso de la seguridad, tiene como contrapeso la agenda de los derechos humanos, caracterizado por que promueve un conjunto de principios tendientes a proteger al ser humano en sus derechos, consagrados en un sistema de garantías que han sido concomitantes con el desarrollo del estado moderno. De los principios del Estado social de derecho y las instituciones del derecho internacional, se propone un modelo de garantías en el cual prevalece la prevención por encima de la demanda punitiva.

El punto de discusión está en establecer claramente una frontera en la cual se garantice la seguridad, sin que con ello se menoscaben, los derechos humanos y el sistema de garantías. Así mismo, la investigación sociojurídica debe profundizar en este punto, puesto que los balances sobre la investigación de la sociología jurídica colombiana evidencian que el tema ha sido poco explorado (Carvajal Martínez: 2016; Silva García: 2003e; 2002). La cuestión de la seguridad, centrada en los derechos humanos como eje, debe impactar en la educación jurídica y por esa vía en el perfil de la profesión jurídica (Silva García: 2009), ya que la educación es uno de sus elementos claves en el proceso de configurarlo (Silva García: 2006b).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, G. (2004). *Estado de Excepción*. Adriana Hidalgo, Buenos Aires.
- Agudelo Giraldo, Ó. & Riaño, Á. (2016). Ciudadanía y Nación: políticas de control fronterizo e inmigración. *Novum Jus*, 10, (2), pp. 57-75.
- Anitua, G. (2007). *La legislación penal en la dinámica de la guerra contra el "mal" o el "enemigo"*. El Puerto, Buenos Aires.
- Anitua G. (2013). *Castigo, cárceles y controles*. Didot, Buenos Aires.

- Bauman, Z., & Lyon, D. (2013). *Vigilancia líquida*. Paidós, Barcelona.
- Barata, F. (2008). La mediatización del derecho penal. *Novum Jus*, 2, (2), pp. 5-32.
- Bernal Castro, C. (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Bernal Castro, C. (2015). *La investigación penal en las sociedades postindustriales. Una tensión entre el efectivismo y el garantismo penal en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Carvajal Martínez, J.E. (2008). *La seguridad dentro del Estado de garantías*. ILSA. Bogotá.
- Carvajal Martínez, J.E. (2008a). Seguridad Humana, en el contexto de la lucha contra el terrorismo. *Novum Jus*, 2, (1), pp. 205-234.
- Carvajal Martínez, J.E. (2010). Seguridad Ciudadana y Política. *Novum Jus*, 4, (1), pp 9-32.
- Carvajal Martínez, J.E. (2010a). El Estado de seguridad y la política internacional. *Novum Jus*, 4 (2) pp. 55-76.
- Carvajal Martínez, J.E. (2016). *La sociología jurídica en Colombia: los antecedentes en las facultades de derecho, organizaciones no gubernamentales y el Estado*. Universidad Libre, Bogotá.
- Cita Triana, R. & Quintero Jiménez, C. (2011). Perspectivas de la seguridad. Análisis de las estrategias de prevención del crimen en Usme. *Novum Jus*, 5, (2), pp. 103-128.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/seguridad/seguridadiv.sp.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 112.
- Corey Robin, C. (2004). *El mideo. Historia de una idea política*. Fondo de Cultura Económica, México DF.
- Daza, A. (2013). Obligaciones internacionales del Estado colombiano frente al desplazamiento forzado de poblaciones. *Novum Jus*, 7, (2), pp. 89-109.
- Dominguez Figueirido, J. L. (2009). Una aproximación funcional a las ideas de policía y seguridad. Las bases establecidas en el Estado Liberal. *Novum Jus*, 3, (2), pp. 59-88.
- Elbert, C. (2009). *El populismo penal: ¿Realidad transitoria o definitiva?* Instituto de Investigación de Derecho Público, Buenos Aires.
- González Monguí, P.E. (2013). *Procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- González Monguí, P.E. (2014). Selectividad penal y “marco jurídico para la paz” en Colombia, *Verba Iuris*, 32, (1), pp. 135-148.
- González Monguí, P. E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Gray, J. (2004). *Al Qaeda y lo que significa el ser moderno*. Paidós, Barcelona.
- Masten, A. & Powell, J. (2003). A resiliency framework for research, policy and practice, en: *Resilience and Vulnerability: Adaptation in the Context of Childhood Adversities*, Cambridge University, New York. pp. 1-29.

- Moya Vargas, M.F. (2017a). *Semiótica de la Justicia: opción metodológica del derecho*. En *Teoría del Derecho Contemporáneo*. Universidad La Gran Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2017b). *Fundamentos semióticos para la investigación jurídica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2016). Acerca del principio de congruencia: estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004. *Pensamiento Jurídico*, (44), pp. 259-290.
- Moya Vargas, M.F. y Bernal Castro C.A. (2015a). *Libertad de expresión y proceso penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2015b). *Producción probatoria de la verdad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2013). Óptica, episteme y orígenes del principio de congruencia en el proceso penal. *Sociología del Derecho*, (2), pp. 37-64.
- Moya Vargas, M.F. (2010). *Una manifestación de política penal aplicada: el procesamiento de personas ausentes en la ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo-Impronta Nacional, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2012). *La verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2011). *Relaciones judiciales penales internacionales*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2008). La transvaluación: sus posibilidades como categoría de análisis en la investigación sociojurídica. *Novum Ius*, 2, (1), pp. 45-62.
- Mouffe, Chantal. (1998). *Hegemonía y alternativas en América Latina: hegemonía, política e ideología*. Siglo XXI, Madrid.
- Murrillo, S. (2004). *El nuevo pacto social, la criminalización de los movimientos sociales y la ideología de la seguridad*. CLACSO, Buenos Aires.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad, (2011). *Manual sobre la aplicación eficaz de las Directrices para la prevención del delito*. New York.
- Organización de Naciones Unidas, (2010). *Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal*. New York.
- Pérez-Salazar, B. (2006). Empresarios, crisis de hegemonía y sinergias posibles en Colombia, en: Helfrich, L. & Kurtenbach, S. (eds.). *Colombia. Caminos para salir de la violencia*. Iberoamericana, Madrid, pp. 264 - 301.
- Pérez-Salazar, B. (2007). Organizaciones criminales transnacionales, "espacios ingobernados" y una doctrina que emerge. *Prolegómenos*, 10, (2), pp. 17-26.
- Pérez-Salazar, B. (2013). Multidimensional Security, "Ungoverned Areas" and Non-State Actors, en: Greenwood, M. & Randall, S. (Eds.) *Latin American Security: Canadian and International Perspectives*, Calgary, pp.147- 166.
- Portes, A. (2004). *El desarrollo futuro de América Latina. Neoliberalismo, clases sociales y transnacionalismo*. ILSA, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2002). Humanismo y control social, en: *Criminología y ciencias forenses*. Fundación Educativa San Francisco de Asís, Bogotá.

- Restrepo Fontalvo, J. (2003). Reflexiones elementales sobre el Estado social de derecho y la investigación criminal, en: *Investigación Criminal*. Universidad Libre y Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2008). Cincuenta años de criminalidad registrada por la Policía Nacional. *Criminalidad*, 50, (1), pp. 38-52.
- Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. Temis, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2015). *Control social, derecho y humanismo. Hacia un control social humanizado de la conducta divergente socialmente nociva*. Leyer, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2017). *Legalismo y justicia en el ámbito penal en la Constitución de 1991*, en: Hernández Galindo, J. G.; Echeverri Uruburu, A., & Restrepo Fontalvo, J. *La Constitución del 91... entre avances y retrocesos*. Ibáñez y Universidad del Sinú, Bogotá.
- Silva García, G. (1995). Fluctuaciones de la población penitenciaria colombiana. *Derecho Penal y Criminología*, XVII, (54/55), pp. 125-172.
- Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. pp. 845-863.
- Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Silva García, G. (1998). La policía en Colombia: paradojas de un modelo policial en una sociedad conflictiva. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, (2), pp. 137-175.
- Silva García, G. (1998). Delito político y narcotráfico, en: *La problemática de las drogas. Mitos y realidades*. Universidad Externado de Colombia y Proyecto Enlace del Ministerio de Comunicaciones, Bogotá. pp. 65-90.
- Silva García, G. (1999). Criminología, bases para una teoría sociológica del delito, en: Elbert, C. (Coord.). *La criminología del siglo XXI en América Latina*. Rubinza y Culzoni, Buenos Aires. pp. 305-326.
- Silva García, G. (2000a). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. *Derecho Penal y Criminología*, XXI, (68), pp. 129-143.
- Silva García, G. (2000b). Una revisión del análisis económico sobre el derecho. *Economía Institucional*, (2), pp. 173-196.
- Silva García, G. (2000c). Le basi della teoria sociologica del delitto. *Sociologia del Diritto*, (2), pp. 119-135.
- Silva García, G. & Pacheco Arrieta, I. F. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp. 185-208.
- Silva García, G. (2001). Las Prácticas Jurídicas, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T. II, Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.
- Silva García, G. (2002). El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia, *Diálogos de Saberes*, (15), pp. 9-32.
- Silva García, G. (2003a). Experiencias de unificación de cuerpos de policía, en: *Seminario internacional sobre investigación criminal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 57-95.
- Silva García, G. (2003b). ¿A quién le canta la sirena? La reforma a la administración de justicia en el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez. *Opera*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 231 a 265.

Silva García, G. (2003c). La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena, en: Bernal Cuéllar, J. (Coord.). *XXV jornadas internacionales de derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 307-341.

Silva García, G. (2003d). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (Coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 323-352.

Silva García, G. (2003e). Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la sociología jurídica desde una perspectiva interdisciplinaria. Problemas de investigación y teoría. *Diálogo de Saberes*, (17), Universidad Libre, Bogotá, pp. 117-139.

Silva García, G. & Velandia Montes, R. (2003). Dosificación punitiva. Igualdad y preferencias ideológicas, en: Prieto Sanjuán, R. (coord.) *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 349-414.

Silva García, G. (2006a). La administración de justicia: ¿escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables? *Revista Colombiana de Sociología*, (26), pp. 105-123.

Silva García, G. (2006b). Prospectivas sobre la educación jurídica, en: Pérez Perdomo, P. & Rodríguez, J. C. (Coords.). *La formación jurídica en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 29-100.

Silva García, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, XI, (22), pp. 29-43.

Silva García, G. (2008). Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces, en: Silva García, G; Velandia Montes, R; Velásquez, M.; Beltrán, I & Pérez Salazar, B. *Entre garantías y abusos: pensamiento criminológico, reformas judiciales y administración de justicia en Colombia*. ILAE, Bogotá. pp. 33-56.

Silva García, G. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2011b). *Criminología. Teoría sociológica del Delito*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.

Silva García, G & Díaz Ortega, M. F. (2015). ¿Justicia penal o justicia premial? Un análisis sociojurídico sobre la justicia penal en Colombia, en: *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México D.F. pp. 109-137.

Silva García, G. (2015). Secuestro político y control penal en Colombia. *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, 1, (1), pp. 569-582.

Velandia Montes, R. (2013). Inseguridad vial y política penal en Colombia. *Revista Internacional*, 45, pp. 119-158.

Velandia Montes, R. (2014). Sobre la legitimidad de la opinión pública como sustento de la política penal. *Novum Jus*, 8, (1), pp. 95-106.

Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. ILAE. Bogotá.

Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, ILAE, Bogotá.

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Manantial, Buenos Aires.

BIODATA

Jorge Enrique CARVAJAL MARTÍNEZ: Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Sociología Jurídica de la Universidad Externado de Colombia, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad Distrital. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor e investigador de la Universidad Católica de Colombia, de cuyo Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad” este texto es resultado de investigación.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.112-129
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Feminizar a los hombres para prevenir la criminalidad

Feminize Men to Prevent Crime

Jorge RESTREPO FONTALVO

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4694-3285>

jgrestrepo@ucatolica.edu.co

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1773648>

RESUMEN

Ante el fracaso de las tesis naturistas que pretenden explicar las tasas de la criminalidad femenina, parece que la comprensión de este fenómeno debe buscarse en la existencia de unos roles sociales diversos para los dos sexos. La identificación de roles asignados tradicionalmente a la mujer parece explicar baja criminalidad. Se teoriza acerca de que, si pudiéramos lograr que los hombres nos feminizásemos, esto es, que adoptásemos algunos de los papeles que hemos considerado como femeninos y que parecen haber tenido influencia en su baja criminalidad, podríamos lograr significativa reducción en la criminalidad y, en especial, en la violenta.

Palabras clave: Criminalidad; criminalidad violenta; feminización; humanismo.

ABSTRACT

The failure of naturist theses that have tried to explain the low rates of female criminality, has made clear that the comprehension of this phenomenon has to be found in the existence of different social roles for the two sexes. The identification of some of the roles traditionally assigned to women seem to have explanatory force of their low crime rates. It is theorised that if we could feminize men. i. e., if men could adopt some of the roles traditionally considered female roles (those that seem to have had influence on its low crime rates), we could achieve a significant reduction in global criminality and, in particular, in violent criminality.

Keywords: Criminality; feminization; humanism; violent crime.

Recibido: 22-06-2018 • Aceptado: 14-07-2018



1. INTRODUCCIÓN

Al consultar las estadísticas de criminalidad registrada (Restrepo Fontalvo: 2008; Velandia: 2015a, p.226) de todos los países del mundo que se han ocupado de divulgar tales datos, se evidencia que no existe ningún factor, entre aquellos que habitualmente han sido correlacionados con la criminalidad, que revele de manera más dramática una mayor injerencia sobre los índices de criminalidad global que la variable de género (Restrepo Fontalvo: 2014, p.281; Silva García: 2011a). En efecto, las estadísticas muestran que la más común de las características entre los delinquentes, en todas las latitudes geográficas, radica en que, en su inmensa mayoría, pertenecen al sexo masculino. Buscar una explicación para esta alta correlación debe permitir elaborar unas recomendaciones acerca de cuáles roles, caracterizados como femeninos en nuestra sociedad, podrían ser adoptados por los hombres, en procura de, idealmente, bajar los índices de su criminalidad a los niveles de la femenina.

2. LA VARIABLE DE GÉNERO FRENTE A LA CRIMINALIDAD

Tan grande resulta la evidencia, que, si alguien quisiera sobre la variable demográfica de mayor peso que define a las personas a quienes los sistemas institucionales de control social, y en especial el sistema jurídico penal, rotulan como delinquentes, habría que responder que, en una inmensa mayoría, son varones. En efecto, en todas las culturas, los índices de criminalidad de las mujeres se muestran dramáticamente más bajos que los de los hombres (Restrepo Fontalvo: 2014).

En Colombia, por ejemplo, las estadísticas policiales del año 2016, nos muestran que, de un total de 225.281 personas aprehendidas y capturadas, sólo 24.975 eran del sexo femenino, en tanto que 200.306 eran hombres (Policía Nacional de Colombia: 2017). Esto significa que, aunque las mujeres constituyen un poco más del 50% de la población, sólo representaron el 11.08% de las aprehensiones registradas durante el año 2016, mientras que, para ese mismo período, los hombres sumaron el 88.92% del total de aprehensiones realizadas por los organismos institucionales de control de la criminalidad. Para posteriores reflexiones sobre la tendencia cronológica de estas cifras, vale señalar que, en 2001, de 189.096 aprehendidos, 18.390 eran mujeres, equivalentes al 9.73% (Policía Nacional de Colombia: 2002). En general, las cifras correspondientes a las anualidades del Siglo XXI resultan ligeramente crecientes, cuando se comparan con la media observada para la criminalidad femenina desde 1958 hasta el término del siglo XX en las estadísticas policiales, que la sitúan alrededor del 8%. Datos que, con independencia de los cuestionamientos a las nociones de criminalidad, y a las taxonomías sobre criminalidad -registrada, oculta y real- (Restrepo Fontalvo: 2014; Silva García: 2011b), para los efectos de plantear el problema postulado en este artículo, resultan relevantes.

Hace ya algún tiempo, la criminóloga noruega An-Magritt Jensen adelantó un estudio sobre la criminalidad femenina en tres países latinoamericanos: Panamá, Costa Rica y Colombia, que le permitió establecer, entre otras cosas, que "en los tres países seleccionados, menos del 10% del número de delinquentes, en todos los niveles del sistema penal (policial, judicial y penitenciario) estaba constituido por mujeres" (Jensen: 1980). En Colombia, los procesos de criminalización secundaria indican una mayor autoría y participación delictual del sexo masculino en una proporción de diez a uno (González Mongui: 2013).

En los Estados Unidos, las estadísticas divulgadas por el FBI, muestran que, en el año 2015, fueron arrestados 4'913.199 hombres y 1'826.164 mujeres, lo que significa que sólo el 27% de los arrestos ocurridos en ese país durante el año 2015 correspondían a miembros del sexo femenino (Federal Bureau of Investigation: 2016, Table 33). También con el propósito de posteriores comparaciones, se consigna el dato que, en 1992, el 19% de los arrestos fue de mujeres y el 81% de hombres (Federal Bureau of Investigation: 1993).

Un amplio conjunto de indagaciones, conducidas por la criminóloga estadounidense Freda Adler, evidenció que, prácticamente en todas las regiones del mundo, los índices de criminalidad femenina eran considerablemente inferiores a los de la masculina. Así lo muestran, entre otros, los datos estadísticos de los Países Bajos, Finlandia, Noruega, Inglaterra, Alemania, Polonia, Hungría, Nigeria, Egipto, Argentina, Venezuela, India y Japón. Y también, como se acaba de señalar, de los Estados Unidos y Colombia.

Cabe puntualizar también que las estadísticas de los países mencionados, muestran que los índices de la criminalidad femenina presentan, como patrón general, una clara tendencia a incrementarse, aunque no de manera muy acelerada (Adler: 1984), fenómeno sobre el cual ya había llamado la atención la propia Freda Adler y sus asociados en un muy difundido trabajo, dado a la publicidad en 1975 (Adler et al: 1975).

Infelizmente, las cifras colombianas de criminalidad registrada, no siempre contiene datos sobre la participación por género respecto de modalidades delictivas específicas, como sí lo hacen los informes divulgados por el FBI en los Estados Unidos. Defectos de las estadísticas de criminalidad nacionales que han sido ya objeto de múltiples críticas referidas a otros conceptos (Silva García: 2001). A pesar de la ausencia de tal información, parece evidente que la participación femenina, tanto en Colombia como en otras latitudes, varía considerablemente frente a las diversas conductas punibles que conforman el total de la criminalidad global registrada, en nuestro caso, por la Policía Nacional de Colombia.

Al margen de los cuestionamientos críticos sobre la criminalización de las mujeres (Silva García: 1998), sobre el punto ahora comentado, debe señalarse, en primer término, que las propias descripciones de algunos tipos, contenidos en los códigos penales, determinan que ciertas conductas punibles solo puedan ser cometidas por mujeres. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos descritos en los artículos 108 (muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentida) y 122 (aborto) del Código Penal Colombiano. Además, como lo precisa el profesor Alfonso Reyes Echandía, existen algunas entidades delictivas “íntimamente vinculadas con la función sexual como el abandono y exposición de niños, el incesto, el proxenetismo y la bigamia, en las que la participación femenina es ostensiblemente superior a la que tradicionalmente muestran los demás delitos” (Reyes Echandía: 1987, p. 93). Por el contrario, no parece tener fundamento la opinión de este emblemático autor de las disciplinas penales colombianas cuando considera alta la participación de la mujer en los delitos “que se caracterizan por el sigilo, la astucia y la perfidia en su ejecución, como el hurto, la estafa, la calumnia, la injuria y el homicidio por medios insidiosos [veneno]” (*Ibidem*).

Datos divulgados en los Estados Unidos en 1993, pero que aparecen consistentes con los de años anteriores y posteriores, muestran dos renglones en los que, con base en los registros de detenciones, la criminalidad específica, aparece superior para las mujeres que para los hombres. Se trata de: a) la prostitución y el vicio comercializado, con una participación del 70.2% para las mujeres, y b) la fuga del hogar (*runaway*), conducta punible en la que las detenciones de mujeres alcanzan un 57.9% del total (Federal Bureau of Investigation: 1993). Respecto de esta última infracción, el profesor de la Universidad Estatal de la Florida, Sue Titus Reid ha considerado que la fuga del hogar es, en realidad, una denominación *catchall* [*atrapa todo*], frecuentemente utilizada para controlar a jovencitas de quienes se sospecha que ejecutan actividades sexuales (Reid: 1979). Por trascender los objetivos de este trabajo, no van a ser aquí discutidas con amplitud las bases en las que se fundamenta la criminalización, esto es, la concepción sobre el delito, en la que desde luego existen posturas críticas (Silva García: 1996), y sobre cuya relatividad se ha insistido en otros escenarios (Restrepo Fontalvo: 2014; 2015), puesto que, bajo los parámetros del país de origen de esos datos, se trata de comportamientos definidos como delictivos.

Por su parte, Wolff y Dorothea Middendorff han llamado la atención sobre dos modalidades delictivas en las cuales, por lo menos en Alemania y otros países altamente industrializados, la participación femenina se ha incrementado notoriamente en los últimos años: los accidentes de tráfico y el espionaje:

Hay indicaciones [afirman los Middendorff] de que actualmente las mujeres... están conduciendo más imprudentemente y que las mujeres están crecientemente manejando bajo la influencia del alcohol. En relación con el espionaje, ha habido un incremento, al menos en Alemania, durante los últimos años, especialmente por las mujeres" (Middendorff & Middendorff: 1984, p. 132).

En cuanto a esta última modalidad delictiva, resulta comprensible que, en un escenario político internacional mayoritariamente controlado por hombres, mujeres atractivas constituyan un efectivo "gancho" para la obtención de información relevante en las actividades de espionaje. Vale recordar la mítica figura de Margaretha Geertruida Zelle, más conocida como *Mata Hari* (1876-1917), sin duda la más famosa espía de la época contemporánea. No deja también de ser curioso, así sea desde un punto de vista meramente anecdótico, destacar que en uno de los más sonados casos de doble espionaje de los últimos años (el de los esposos Ames) estuvo implicada una nativa de nuestro país, periférico y aparentemente inocuo respecto de esta modalidad delictiva.

De otra parte, y aun cuando no se cuenta con estadísticas nacionales sobre el aspecto específico de la participación de las mujeres en la contravención consistente en conducir vehículos automotores bajo la influencia del alcohol o sustancias ilícitas, resulta fácil inferir que los cambios operados en los patrones culturales de nuestra sociedad sobre los roles de género y sobre el propio consumo de alcohol y drogas ilegales, indudablemente deben reflejarse en un considerable aumento en la participación de las mujeres tanto en la mencionada contravención como en sus frecuentes secuelas de homicidios y lesiones personales culposos.

En Noruega, la antes citada An-Magrit Jensen ha puesto de presente que un progresivo acercamiento de los patrones delictivos entre los dos sexos puede ser atribuido, más que a la "liberación femenina" al creciente uso de fármacos ilícitos por los jóvenes de ambos sexos (Jensen: 1984). Empero, esa afirmación parece circular, ya que bien podría contra argumentarse que el aumento de la participación de las mujeres jóvenes en el consumo de fármacos ilícitos y de alcohol puede deberse, así sea mediatamente, a la llamada "liberación femenina".

En Colombia, una investigación conducida por Erynn Norza Céspedes, Andrea González Rojas, Manuel Moscoso Rojas y Juan David González Ramírez (2012), analizó algunas tasas de criminalidad específica para las mujeres, con base en el número de mujeres capturadas durante los años de 2009 y 2010 a nivel nacional. Encontraron que a ellas se les atribuye el 1.25% de los homicidios, el 9.2% de las lesiones personales, el 30.52 de los hurtos, el 1.03% de las estafas [lo que contraría la suposición de Reyes Echandía antes mencionada sobre una considerable participación de las mujeres en la comisión de este delito], el 32.54% de los delitos relacionados con el tráfico o porte de estupefacientes [los correos humanos o "mulas" son mayoritariamente mujeres], el 3.67% de los eventos reportados de violencia intrafamiliar, el 4.13 del tráfico, fabricación o porte ilegal de armas y el 0.38 de los delitos de secuestro. Cifras estas que confirman que, en todas las modalidades de criminalidad específica, la criminalidad de la mujer muestra niveles significativamente mucho más bajos que la del hombre, aunque no debe desestimarse su participación frente a los delitos de hurto y tráfico o porte de estupefacientes. Respecto de este último tipo de delitos, el aporte de las mujeres sin duda refleja su frecuente utilización como vehículos de transporte humano que, en la actualidad, empiezan también a atender el ingreso ilegal de divisas a Colombia.

3. CIFRA NEGRA DE LA CRIMINALIDAD FEMENINA

Existen razones lógicas para suponer que la diferencia de magnitud entre la criminalidad masculina y la femenina pueda ser un poco menos amplia cuando se hacen cálculos de la criminalidad real, que lo que reflejan los datos de criminalidad registrada. Esta conjetura encuentra fundamento en el hecho de que nuestros patrones culturales, de corte sexista, en alguna medida contienen todavía un claro tratamiento diferencial frente a hombres y mujeres cuando son vinculados a procesos penales. Ante esa perspectiva,

resulta razonable pensar que los organismos institucionalmente encargados del control de la criminalidad, al igual que los testigos y hasta las propias víctimas, aún hoy en día, tienden a favorecer a las mujeres, de tal manera que las conductas delictivas de éstas no se reflejen en las estadísticas oficiales con la misma frecuencia que lo hacen las de los hombres. No se debe olvidar, recuerda Reyes Echandía, “la tradicional benevolencia con que suele ser mirada la delincuencia femenina” (Reyes Echandía: 1987, p. 92; Fox: 1976; Haslam: 1973; Reid: 1979).

Tratamientos sexistas, como los otorgados a la inasistencia alimentaria, en las prácticas sociales reales, suelen estar dirigidos a la criminalización de hombres y a la victimización de mujeres (Silva García: 2003), lo que a la postre redundaría en el incremento de la criminalidad masculina, en defecto de la femenina. (Carvajal: 2010).

Al analizar los datos suministrados por las estadísticas estadounidenses de su época, en las que se mostraba una participación de la mujer, en la criminalidad global registrada, inferior al diez por ciento, Maurice F. Parmelee (1882-1969), similarmente concluía que “todos los tribunales repugnan más encarcelar mujeres que hombres” (Parmelee: 1925, p. 235).

También An-Magritt Jensen alude a la existencia de un “pacto de caballeros” en contra de sancionar a las mujeres, que se reflejaría en las bajas tasas de la criminalidad femenina registrada. No obstante, tal “pacto de caballeros” parece debilitarse, por lo menos en Noruega, en relación con las conductas punibles vinculadas a las farmacodependencias. En efecto, la propia profesora Jensen reconoce que los jueces de la Corte de la ciudad de Oslo “dan a las drogadictas sentencias más severas que a las otras mujeres” (Jensen: 1984, p. 101).

Sin duda, los avances hacia la igualdad ante la ley, y ante los patrones culturales, de hombres y mujeres, especialmente en los países europeos, en Canadá, Estados Unidos y también en nuestra América Latina, han traído aparejada una mayor vinculación de las mujeres a los organismos institucionales de control de la criminalidad, y han dado también lugar a que el aludido trato diferencial de tales instituciones respecto de los dos géneros haya disminuido en gran medida.

No obstante, debe considerarse también que, de manera extensa y pormenorizada, la literatura criminológica ha acreditado un uso selectivo y discriminatorio de las actuaciones del control social penal (Silva García: 1997), el cual comparece como un fenómeno frecuente. Esto, sin duda, a veces de manera positiva, otras muchas de un modo negativo, puede incidir en algún grado no deleznable sobre los datos de la criminalidad masculina y femenina.

En el ámbito colombiano, un delito característicamente femenino como el aborto (conducta que no es definida como delictiva en muchos países del mundo y que entre nosotros ha sido parcialmente descriminalizada), presenta con seguridad uno de los más altos índices de criminalidad oculta de cuantos puedan reportarse en el mundo: ¡En el año 2015, la Policía solo registró 98 abortos consentidos y 3 sin consentimiento en todo el país! (Policía Nacional de Colombia: 2016), cifra insignificante que refleja el poco interés de las autoridades en reprimir una práctica bastante extendida en nuestro país, y que, además, se constituye en un argumento que refuerza la postura de quienes defendemos la necesidad de descriminalizar plenamente, cuanto antes, una conducta punible que, arraigada en dogmas religiosos, restringe la libertad de las mujeres en relación con la disposición de su propio cuerpo.

En todo caso, parece que el peso de la tradición cultural hace que, en la mayoría de los países, aun en nuestros días, la mujer sea efectivamente tratada de manera más benigna en todas las fases del control social institucional de la criminalidad. Interesantes resultan sobre el punto las cifras globales de Estados Unidos, lamentablemente no muy recientes, mencionadas por el profesor Vernon Fox:

(...) Las mujeres constituyen cerca del 4 por ciento de la población carcelaria adulta. La proporción en arrestos ha sido generalmente una mujer por cada cinco hombres, en resoluciones de acusación

cerca de una mujer por cada nueve hombres, en sentencias cerca de una mujer por cada diecisiete hombres y en población carcelaria, una mujer por cada veintisiete hombres (Fox: 1976, p. 264).

Lo que muestra un nivel progresivamente decreciente de la presencia de la mujer en las fases secuenciales del sistema penal.

Infelizmente, en Colombia no contamos con cifras que permitan elaborar un cuadro similar al ofrecido por Fox sobre la tendencia a la progresiva “mortalidad” de la criminalidad femenina en las distintas etapas del sistema jurídico-penal. No obstante, es muy probable que el fenómeno no se presente entre nosotros con dimensiones comparables a las que muestran las estadísticas estadounidenses, entre otras cosas, por la menor flexibilidad de nuestro proceso en relación con las decisiones que pueden ser tomadas por el aparato jurisdiccional, condición que resultaba aún más válida cuando nuestro proceso penal era de naturaleza inquisitiva. Éste sólo recientemente ha variado hacia uno de tendencia acusatoria, en el que, a su vez, a consecuencia de actitudes misoneístas, se ha ido limitando progresivamente el arbitrio judicial para negociar decisiones y para conceder beneficios a las personas iniciadas o procesadas.

Allende lo dicho, no parece razonable atribuir mucha fuerza explicativa, sobre la enorme distancia existente entre la criminalidad masculina y la femenina, a las distorsiones estadísticas que, sin duda, presentan los datos de criminalidad registrada. En efecto, si se miran las cifras de criminalidad específica de delitos con bajos índices comprobados de criminalidad oculta, como el homicidio, se observa que, en Estados Unidos en 1983, de todas las personas detenidas bajo sindicación de homicidio doloso (simple o agravado), solo el 13.3% eran mujeres, índice inferior al de la criminalidad global femenina, que mostró ese año, como ya antes vimos, una participación de las mujeres que alcanzó el 16.6%. En Colombia, como ya se mencionó, de todas las capturas por homicidio llevadas a cabo entre 2009 y 2010, las mujeres sólo representaron el 1.25% (Norza Céspedes, González Rojas, Moscoso Rojas & González Ramírez: 2012).

Resulta oportuno señalar que también existen casos en que los índices de la cifra negra específica son mayores para los hombres que para las mujeres, como probablemente ocurre con los registros estadounidenses sobre prostitución, puesto que, salvo los eventos marginales de prostitución lésbica, la prostitución femenina lleva consigo actos de prostitución masculina, no obstante lo cual, como ya fue indicado, el 70.2% de las personas arrestadas, en 1983, bajo sindicación de prostitución (conducta desviada que es delito en la mayoría de los Estados de la Unión Norteamericana, pero no en Colombia), eran mujeres. Sue Titus Reid destaca que, en los Estados donde la ley prevé sanciones para los patrocinadores de las prostitutas (rufianes), generalmente éstos no son arrestados por la policía cuando se procede al arresto de las prostitutas (Reid: 1979, pp. 69-70).

4. CRÍTICA A LAS EXPLICACIONES DE LA BAJA CRIMINALIDAD FEMENINA

Con fundamento en las cifras y consideraciones anteriores, resulta a todas luces evidente que, también frente a la criminalidad real, la participación femenina es significativamente inferior a la masculina. Ante este diagnóstico, lógicamente emergen preguntas sobre cuáles son los factores que inciden en la escasa participación femenina en la criminalidad.

En los albores del pensamiento criminológico positivista, Cesare Lombroso y su yerno y colaborador Guglielmo Ferrero (1871-1942), en un texto titulado *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale* [*La mujer delincuente, la prostituta y la mujer normal*], cuya edición príncipe es de 1893, especularon que la baja criminalidad femenina era debida a que la mujer encontraba un *sustitutivo criminal* compensatorio en la prostitución, de tal modo que, si ella era anexada a la criminalidad femenina, ésta llegaría a niveles similares o mayores que los de la criminalidad masculina (Lombroso & Ferrero: 1893).

Con fundamento en la línea de pensamiento formulada por Lombroso y Ferrero, Alfredo Niceforo (1876-1960) construyó una muy divulgada metáfora sobre la balanza de la criminalidad de los dos géneros. Afirmaba este profesor italiano que, si en uno de los platillos de una balanza se ubica la criminalidad masculina y, en el otro, la femenina, la balanza

(...) se muestra desequilibrada por su mayor peso en el platillo en que está colocada la delincuencia masculina, que en cambio tiene apenas un peso ligerísimo en el platillo opuesto. Coloquemos en este platillo el peso de la prostitución, con todas las mujeres perdidas, y veremos entonces que los dos platillos se equilibran" (Niceforo: 1959, p. 250).

El antes mencionado criminólogo estadounidense Maurice Parmelee (1925) se opuso férreamente a esta idea, con el argumento de que constituye

(...) un gran error identificar la prostitución al delito, aun cuando sea estigmatizada algunas veces por la ley como delictiva... debe en todo caso llamarse viciosa, pero no criminal... porque la prostitución frecuentemente y los habituales de ella, casi siempre son debidos a un impulso humano natural, y el acto de la misma es de mutuo acuerdo y conformidad, por lo que no da lugar su conducta usualmente a conflictos entre los intereses individuales, como es el caso siempre de la conducta penable... es una actividad profesional femenina, más semejante a una actividad profesional del hombre, que a la delincuencia del mismo (p. 252).

Además, habría que preguntarse por qué, si se considera a la prostitución como sustitutivo de la criminalidad de las mujeres, no son ubicados también, en el platillo de la criminalidad masculina, un amplio repertorio de conductas desviadas propias de los hombres que, si nos ajustáramos a la lógica empleada por Lombroso y Ferrero, deberían considerarse también como sustitutivos de la criminalidad masculina, entre los que habría que mencionar el rufianismo, el alcoholismo, la vagancia. Además, no resulta comprensible por qué no poner a la prostitución también en el platillo de la criminalidad masculina, ya que, como se mencionó antes, casi siempre los actos de prostitución femenina conllevan actos de prostitución masculina, salvo la prostitución lésbica, que muy probablemente es también superada por la prostitución entre hombres homosexuales.

Ante la injusta actitud de rechazar la acción de la mujer que vende sus servicios sexuales y no la del hombre que los compra, cabría parafrasear a la mística poetisa mexicana, sor Juana Inés De La Cruz (1648-1695), quien, en un cuarteto de su conocido poema en defensa de las prostitutas sentenciaba: "¿O cuál es más de culpar/ aunque cualquiera mal haga:/ la que peca por la paga/ o el que paga por pecar?". Atendidas estas consideraciones, es claro que el peso de la criminalidad masculina, adicionados los correspondientes "sustitutivos" volvería, una vez más, a hacer inclinar el fiel de la balanza, en favor de las mujeres.

Y sobre este punto, justo es señalar que tal vez una de las paradojas más irracionales en la historia del pensamiento criminológico, que emerge de una muy extendida actitud victimizante contra la mujer, ha sido la pretensión de explicar su consistentemente baja participación en la criminalidad, como resultante de una pretendida inferioridad de ésta.

La actitud, no por torre menos extendida, de considerar a la mujer como un ser inferior ha gravitado durante prolongado tiempo en la idiosincrasia de muchas sociedades y, lamentablemente, ha también conocido expresiones en el ámbito de las ciencias humanas. En el específico campo de la criminología, se ha afirmado, entre otras cosas, que la atribuida inferioridad física de la mujer hace que le resulte muy difícil ejecutar aquellos delitos que, en su ejecución, requieren fortaleza física. Parmelee, en claro reflejo de contenidos culturales propios del tiempo y lugar de su entorno vital, se atrevió incluso a afirmar que "la modalidad pasiva —relativamente— de la mujer en el intercambio sexual, hace para ella imposible la comisión de cierta clase de delitos de esta índole, tales como el rapto, no obstante, lo arraigado y fuerte que su deseo

pueda ser para la comisión de ellos" (*Ibid*: 245). Y este mismo autor llegó incluso a aseverar que, "aunque el desarrollo cerebral de la mujer puede ser tan bueno como el del hombre, su afectividad interfiere a veces el proceso intelectual de tal manera que lo hace inferior, lógica y racionalmente, que el del hombre" (*Ibid*: 246).

En similar dirección de corte naturista, se ha alegado que la mujer presenta menor variabilidad que el hombre en el proceso de maduración biológica, de suerte que ella se asemeja más al infante que el hombre (Hollingworth: 1914; Montague & Hollingworth 1914). A partir de esta premisa, y sin que aparezca clara la consistencia lógica interna de la argumentación, se ha concluido que la mayor variabilidad del hombre en el proceso de maduración, lo lleva, con mayor frecuencia que a la mujer, en "direcciones y modalidades que pueden terminar en el delito" (Parmelee: 1925, p. 247).

Otra insólita tesis, formulada en el afán de encontrar pretendidas relaciones causales entre la baja criminalidad femenina y una supuesta inferioridad de las mujeres, fue presentada por Otto Pollak (1908-1998), quien, aunque reconoce cierto peso a los factores sociales, considera que la naturaleza biopsíquica de la mujer permite explicar los bajos índices registrados de la criminalidad femenina, cuyas dimensiones, sin embargo, no estima inferiores a la masculina, sino que considera que la misma permanece mayormente oculta. Pollak argumenta que, para garantizar la propagación de nuestra especie y el logro de la tranquilidad doméstica, los procesos de adaptación evolutiva programaron biológicamente a la mujer de tal manera que puede ocultar su falta de excitación y goce sexual. La capacidad natural para este tipo de fraude, otorgaría a la mujer la posibilidad de extrapolarla a otros aspectos de su vida. Puesto que ya se ha evidenciado, mediante el empleo de instrumentos rigurosos (Restrepo Fontalvo: 2014) que las mujeres realmente, y no sólo en los registros oficiales, presentan tasas de criminalidad significativamente inferiores a las de los hombres, los argumentos de Otto Pollak pierden fuerza explicativa (Pollak: 1950).

En la literatura criminológica de Colombia, la tesis de una pretendida inferioridad biológica de la mujer encontró eco en la obra de Jorge Hernández Carrillo. Algunas de las ideas contenidas en su texto sobre el tema, dado a la luz a mediados del siglo anterior, resultan en la actualidad realmente desconcertantes. Afirma, entre otras cosas, Hernández Carrillo: "La mujer es poco apta para las elucubraciones filosóficas e inconstante para el ejercicio de las ideas puras" (Hernández Carrillo: 1947, p. 41). Más adelante señala:

(...) En el dominio de las artes, el impulso acometedor e impetuoso del instinto sexual del hombre lo lleva a más repetidas y mejores creaciones. El arte es obra de creación, es obra de invención, y mejor se da en los terrenos fecundos de la emotividad varonil que en los campos de la feminidad, que sufren la erosión periódica del ciclo menstrual ondulatorio (*Ibid*: 43).

Como respuesta compensatoria frente a quienes han sostenido la pretendida inferioridad de la mujer, un muy bien reputado antropólogo, Ashley Montagu (1905-1999) elaboró un largo y complejo alegato, a favor de la tesis de la superioridad natural de las mujeres (Montagu: 1978), postura que, parecería más coherente con la evidencia de los bajos índices de criminalidad femenina. En efecto, Earnest Albert Hooton (1887-1954), conocido por sus ideas naturistas extremas, afirmaba, de manera rotunda, que "los criminales son orgánicamente inferiores" y, consecuentemente, que "la causa primaria del delito es la inferioridad biológica" (Hooton: 1969, p. 3). Si esta premisa, que de ningún modo se comparte, fuese cierta, forzoso sería concluir que, puesto que los hombres presentan índices de criminalidad muy superiores a los de las mujeres, aquéllos resultarían biológicamente inferiores a éstas.

Empero, la tesis de Ashley Montagu muestra tanta fragilidad lógica como las de quienes han defendido la superioridad natural de los hombres. La razón axial de esta afirmación se encuentra en que un fenómeno culturalmente relativizado, como lo es el proceso de establecer institucionalmente cuáles conductas son definidas como delictivas, no puede ser coherentemente explicado con fundamento en variables biológicas. Si lo que en una sociedad es delito en otra no lo es, y también si lo que, en una específica sociedad lo que hoy es delito, no lo era ayer o puede dejar de serlo mañana (y evidencias abundan en ambos respectos), no

puede resultar conforme con la lógica afirmar que el delito (cuya definición está relativizada tanto por la geografía como por el tiempo) sea comprendido a partir de premisas no relativizadas culturalmente, como las variables biológicas, una de las cuales es la de género.

Forzoso es concluir que ninguna teoría de índole naturista, como las que pretenden explicar el concepto, culturalmente definido, de la criminalidad con fundamento en diferencias biológicas existentes entre los géneros, resulta convincente en el intento de explicar los bajos índices de la criminalidad de las mujeres cuando es comparada con la de los hombres. Afirmar actualmente, como en su momento lo hizo Maurice Parmelee, que, por su propia constitución, la mujer difícilmente puede realizar aquellos delitos que requieren fortaleza física, equivale a olvidar que, frente a los avances tecnológicos característicos de los tiempos modernos, es en extremo fácil, para quienquiera que lo necesite, mediante el empleo de los instrumentos adecuados, multiplicar su propia fortaleza, para alcanzar los objetivos propuestos, lícitos o ilícitos, sin necesidad de mayor esfuerzo físico. Las armas y los medios tecnológicos de fácil acceso en la actualidad, permiten, aun a los humanos más débiles físicamente, lograr poder suficiente para causar daños incalculables. De tal manera que, hoy en día, cualquier mujer, por frágil que por otros o por ella misma sea considerada, tiene a su alcance el logro de inauditos extremos de lesividad, mediante actos de violencia instrumentalmente asistidos. También en este punto abundan las evidencias.

Igualmente, débiles ante la lógica parecen otras consideraciones que han llevado a algunos a afirmar la existencia una inferioridad constitucional de la mujer. Concluir, por ejemplo, que, por ser ella de más baja talla y por tener menor poder muscular que el hombre (lo que, en general, resulta verificable), no es tan coherente como pudiera parecer a primera vista. Con razón, Ashley Montagu razona que, sobre estos aspectos, los “dinosaurios estaban muy bien servidos, pero eventualmente la talla y el poder muscular determinaron su destrucción” (Montagu: 1978, p. 33).

La alegación de una supuesta pasividad sexual de la mujer o sobre su pretendida mayor afectividad, en los casos en que efectivamente existan, pueden ser razonablemente atribuidos a factores culturales y no meramente biológicos, amén de que es fácilmente demostrable que, en los tiempos actuales, tales rasgos sólo parecen estar presentes, y en proporciones cada vez más bajas, en aquellas sociedades en las que los roles sexuales mantienen una diferenciación tan rígida como la que mayoritariamente conocieron en el pasado las sociedades europeas.

Con fundamento en todas las premisas anteriormente expuestas, parece obvio concluir que la comprensión de las singularidades características de la criminalidad femenina, debe ser lógicamente buscada allí donde siempre resulta viable encontrar explicaciones satisfactorias sobre las conductas definidas como divergentes, desviadas o delictivas y, en general, sobre el grueso de las conductas humanas: en la singular realidad sociopolítica en la que se encuentran inmersos tanto sus actores como los agentes encargados de ejercer controles sobre los mismos; al igual que en el peso inveterado de una tradición cultural. En síntesis, la explicación parece hallarse en el extremo “nurturista”, que insistentemente hemos defendido desde nuestra visión humanística de la criminología (Restrepo Fontalvo: 2014).

Hasta cierto punto, la anterior apreciación la valida incluso el propio Otto Pollak, a pesar de su marcado favorecimiento a las posturas naturistas, a partir de las que ha pretendido ofrecer explicaciones para los índices consistentemente bajos de la criminalidad femenina. En efecto, el citado profesor estadounidense concluye que, en una cultura tradicionalmente dominada por los hombres, las mujeres con frecuencia, son consideradas como extrañas, reservadas, seductoras y, en ocasiones peligrosas (Pollak: 1950).

El complejo entramado de patrones culturales generadores de tratos diferenciales para hombres y mujeres, tradicionalmente presente en nuestras sociedades, parece ser lo que, con mayor claridad y riqueza explicativa, permite comprender que el papel asignado a la mujer, en especial cuando éste le cierra oportunidades de realizarse como un auténtico ser humano, sujeto igualitario de deberes y derechos, también hace más estrecha para ella las ocasiones de realizar conductas caracterizadas como divergentes, desviadas o delictivas. Donde puede indicarse que la teoría de la divergencia, tal como ha sido elaborada por Silva

García, aun cuando no es plenamente acogida aquí, coincide también con lo acá planteado (Silva García: 2012). Lamentablemente, el eje de nuestra herencia cultural, de estirpe sexista, mantiene su presencia en las sociedades iberoamericanas, aun cuando ya se evidencian indicios de que tales actitudes empiezan a recejar.

Múltiples patrones de comportamiento, que limitan a la mujer en sus opciones socialmente valoradas como adecuadas o desviadas, han dado lugar a la discriminación sexista en su contra. Expresiones del machismo, encuéntrense o no criminalizadas, con frecuencia constituyen, en sí mismas, modalidades de conductas desviadas, en cuanto resultan altamente nocentes de los derechos fundamentales, no sólo de las mujeres sino de todos los integrantes de la comunidad. Una cosmovisión humanística demanda efectivos controles, tanto por los organismos institucionales como por los diversos agentes de cambio que compartan tal postura ante la vida y, por ende, ante reflexiones y propuestas de políticas criminológicas y victimológicas coherentes con el respeto de la dignidad y los derechos humanos de todos los coasociados. Todo lo cual hace parte del entramado del conflicto social, que también comprende la variante de género, y cuyos elementos y rasgos principales han sido explicados por la sociología jurídica (Silva García: 2008).

Resulta, pues, de la mayor trascendencia para las políticas criminológicas y victimológicas de una sociedad auténticamente democrática, al igual que para los cultores de las ciencias del hombre en general, promover la construcción de un mejor entendimiento de esa muy lesiva forma de desviación que constituye el sexismo y, dentro de los marcos garantistas de un Estado social de derecho, promover estrategias efectivas para su control, como indeseable práctica que es, a pesar de su todavía vigorosa persistencia en amplios sectores de nuestra población. Tarea que deberá complementarse con la develación de los deleznable argumentos de quienes insisten en continuar en la búsqueda de explicaciones naturistas sobre la etiología de las evidentes diferencias entre la criminalidad de los géneros. Sin embargo, parte central de la política pública en esta lucha contra el sexismo pretende limitarse al uso de derecho penal como símbolo de acción estatal, como ocurre, por ejemplo, con la criminalización autónoma de conductas en contra de la mujer que ya se encontraban tipificadas como delitos, de lo cual es paradigmático el feminicidio (Velandia Monte: 2017; 2015b). Este uso simbólico evita que herramientas jurídicas y extrajurídicas distintas del derecho penal sean empleadas a pesar de que pueda inferirse razonablemente su mayor eficacia en los cambios sociales y culturales necesarios en tal batalla (Velandia Montes: 2017).

Si se analiza el fenómeno, como parece imperativo hacerlo, tomando en cuenta los roles diferenciales, asignados culturalmente a los dos sexos, debe reconocerse que una de las más significativas contribuciones sobre este punto y sobre las razones que han llevado a que, en determinados momentos históricos de distintas sociedades, uno de ellos se haya convertido en dominante, es la tesis presentada por Friedrich Engels (1820-1895) en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (Engels: 1970). Con fundamento en los estudios de campo llevados a cabo por Lewis Henry Morgan (1818-1881) sobre la estructura familiar de los indios iroqueses (Morgan: 1877), y apoyándose igualmente en trabajos de Karl Marx (1818-1883), Engels llega a la convicción de que ha sido la división del trabajo en el seno de la familia el factor determinante de la posición ocupada por los sexos en las sociedades.

Concluye Engels (1970) que

(...) la emancipación de la mujer, su igualdad de condición con el hombre, es y permanecerá imposible mientras ella permanezca excluida del trabajo social productivo y confinada al trabajo privado doméstico. Para que la emancipación de la mujer sea realizable, se requiere que ella pueda participar en la producción en una gran escala social y que el trabajo doméstico no le ocupe sino un tiempo insignificante. Y esto no es posible sino con la gran industria moderna que no solo admite el trabajo en gran escala de las mujeres, sino que lo requiere formalmente y tiende más y más a hacer del trabajo doméstico privado una industria pública (pp. 338-339).

Hasta cierto punto, la realidad social contemporánea, parece darle razón a la tesis formulada por Engels. Hoy resulta evidente que la progresiva y creciente incorporación de la mujer a los procesos productivos, ha corrido pareja con su reconocimiento como un ser humano, igual en derechos y deberes, al hombre. Es también igualmente notorio el hecho de que aquellas sociedades donde la incorporación laboral de la mujer no se ha producido en considerable escala, suelen caracterizarse por mantener notorias desigualdades entre los dos sexos.

Debe sin embargo aclararse que, incluso en las sociedades del llamado *Primer Mundo* en las que la mujer se ha vinculado efectivamente a los procesos de producción, todavía quedan largos trechos por recorrer en el sinuoso camino de alcanzar una efectiva igualdad de género, y una auténtica emancipación, tanto del hombre como de la mujer, frente a los rezagos del sexismo, que, en mayor o menor grado, subsisten en casi todas las sociedades y que, de modo muy especial, se manifiesta en las sociedades hispanoamericanas.

Resulta evidente que no basta con que la mujer se involucre, como actor significativo, en los procesos de producción social para que, como por arte de birlibirloque, logre su plena y efectiva igualdad con el hombre. En realidad, aún frente a las mejores circunstancias posibles, conforme al modelo propuesto por Engels, muchas trabas culturales tienden a ralentizar el proceso de construcción de una sociedad igualitaria en materia de género, en la que todos, hombres y mujeres, dejemos de pensar en las mujeres como si ellas fuesen algo distinto de lo que exactamente son: *auténticos seres humanos, del sexo femenino*.

Muchas de tales trabas institucionales o formales han sido removidas, y también han sido eliminadas odiosas formas de discriminación de género que existían en nuestro sistema jurídico, en contra de la mujer. En 1945, por medio del acto legislativo número 1° de ese año, le fue concedida la ciudadanía a las mujeres mayores de 21 años, pero, paradójicamente, la función del sufragio continuó siendo reservada exclusivamente para los varones mayores de esa edad. En 1954, durante el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla (1900-1975), se otorgó el derecho al voto a las mujeres, derecho que sólo vino a hacerse efectivo, trece años más tarde, en la consulta plebiscitaria convocada, el 1° de diciembre de 1957, por la Junta Militar que sucedió en el poder a Rojas Pinilla, con el declarado propósito de restaurar formalmente la democracia en Colombia.

En el gobierno de Carlos Lleras Restrepo (1908-1994), se expidió la Ley 75 de 1968, también conocida como *Ley Cecilia*, en homenaje a la "primera dama" [esposa del presidente] Cecilia De La Fuente Cortés [de Lleras, según la usanza de la época], y el decreto 2820 de 1974, instrumentos normativos que formalmente consagraron la igualdad de los sexos. En ellos se estableció, entre otras cosas, la supresión de la odiosa institución de la *potestad marital* y se otorgó a las madres, en igualdad de condiciones con el padre, la patria potestad conjunta sobre los hijos menores, que hasta entonces se confería al padre y solo subsidiariamente, a falta de éste, podía ser ejercida por la madre.

En la actualidad, la Constitución Política colombiana de 1991 consagra, como derecho fundamental, la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, y proscribe toda forma de discriminación, por cualquier motivo, con expresa mención, entre otros, del motivo sexo [género] (artículo 13). Además, nuestra Constitución expresamente establece varios mandatos orientados hacia el logro de una igualdad real entre hombres y mujeres, tales como la obligación, impuesta a las autoridades, de garantizar "la efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública" (artículo 40); la reiteración explícita de que la mujer y el hombre "tienen iguales derechos y oportunidades" y que, consecuentemente, ella "no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación." Y que "el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia" (artículo 43). Así mismo, entre los principios fundamentales que mínimamente debe contener el "estatuto del trabajo", obliga el artículo 53, a incluir la "protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad".

En el ámbito internacional, debe destacarse la *Declaración sobre los Derechos de las Mujeres*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sesión del 7 de noviembre de 1967, estatuto

considerado por muchos como el culmen del progresivo avance de la mujer. La verdad es que esta ha sido una muy difícil batalla, en la que se destaca una amplia legión de pioneras entre quienes, casi al azar, pueden mencionarse nombres como los de la francesa de origen polaco Marie Skłodowska Curie (1867-1934), mejor conocida como *Madame Curie*, la primera mujer en regentar una cátedra universitaria en Francia y quien además logró la increíble hazaña de obtener dos premios Nobel: el de física en 1903 y el de química en 1911; la educadora italiana Maria Montessori (1870-1952), primera mujer en recibir un título doctoral en Italia, en 1894, o la inglesa Emmeline Goulden Pankhurst (1858-1928), quien, junto con sus tres hijas (Christabel, Sylvia y Adela) fundó la *Women's Social and Political Union* [*Unión Política y Social de Mujeres*]. Su activismo beligerante en favor del voto femenino les mereció el remoquete de *las sufragistas*.

En la sociedad estadounidense, en uno de los momentos pico de este inconcluso proceso de conquistas femeninas, con suficiente razón Maggie Tripp llegó a afirmar, en 1974, que “estamos en medio de la más grande revolución en la historia de la mujer” (Tripp: 1980, XI), revolución que en Colombia lamentablemente, en muchos aspectos, no ha trascendido de los meros cambios formales en nuestros textos normativos, ya que muchos de ellos no se reflejan en la realidad cotidiana. Los grandes obstáculos para el logro de una efectiva igualdad de los sexos en nuestra sociedad, no son las barreras institucionales o formales, que en gran medida han sido removidas. Lo cierto es que la equidad, reflejada en la igualdad de oportunidades, nunca se ha obtenido mediante la mera expedición de leyes o decretos, pero debe reconocerse que, en el caso específico de la igualdad de género, los instrumentos jurídicos que la consagran pueden ser de gran utilidad, en la medida en que facilitan la reclamación de los derechos de la mujer ante los organismos de poder, mediante el ejercicio de acciones populares, y en especial de las de tutela y cumplimiento.

Los cambios cultural, económico y tecnológico que ha experimentado la humanidad en los últimos 40 años, han modificado drásticamente la perspectiva de hombres y mujeres frente a la sociedad y a su proyecto de vida. Se ha transformado su vida afectiva, familiar, laboral, económica y social, se han modificado las posturas tradicionalistas, en las que la mujer se dedicaba únicamente a labores específicas del hogar en tanto que el hombre era considerado como su proveedor, abastecedor y garante económico. En la actualidad la mujer es proveedora, administradora, garante y, por encima de todo, individuo; se ha convertido en un ser independiente que toma decisiones, y que también puede generar vulneraciones efectivas de bienes jurídicos desde diversos escenarios, por ejemplo, los del ciberespacio, las organizaciones institucionales, y organizaciones criminales (Bernal Castro: 2015), hasta incursionar en ámbitos íntimos que afectan el libre desarrollo de su personalidad, como los relacionados con su sexualidad, etc., (Bernal Castro: 2013).

También es claro que, con relación a variables distintas del género, algunos trabajos han analizado el papel del derecho y la administración de justicia en la protección de los grupos sociales más vulnerables (Silva García: 2006). Tales análisis pueden ser también encaminados a ponderar de modo crítico y proactivo las cuestiones de enero.

El logro de una efectiva igualdad de géneros encuentra su mayor obstáculo en una inveterada tradición cultural, con frecuencia aceptada, tanto por hombres como por mujeres, como el estado “natural” de las cosas, y frecuentemente reforzada por instituciones tan influyentes, en diversos estratos sociales, como la Iglesia Romana y los credos religiosos tradicionalistas de muchas confesiones cristianas, judaicas, budistas, musulmanas, etcétera, que promueven un papel de subordinación de la mujer.

Es innegable que la tradición judaica, sobre la cual se asienta igualmente el ideario cristiano, considera a la mujer como un ser francamente inferior al hombre. En los textos del Antiguo Testamento (compartidos por judíos y cristianos) se encuentran aseveraciones tales como las siguientes: “De la costilla que le había sacado al hombre, el Señor Dios formó una mujer y la presentó al hombre” (Génesis: Cap. 2, v. 22), como muestra de su subordinación de aquella a éste. Cuando Yahvé piensa en crear la mujer, lo hace para darle al hombre “una ayuda adecuada” (Génesis: Cap. 2, v. 18), no para que se ayuden mutuamente. Después de que la mujer hace caer al hombre (Génesis: Cap. 3, vv. 1-6), Yahvé la reprende y le dice: “tendrás ansia de

tu marido, y él te dominará" (Génesis: Cap. 3, v. 16). Se establece también, en la Ley Mosaica que la mujer no tiene derecho a heredar al padre cuando tiene hermanos varones (Números: Cap. 36, vv. 1-2), etcétera.

Los libros del Nuevo Testamento (considerados sagrados solo por los cristianos), además de enseñar, en los cuatro Evangelios, que Jesús escogió doce apóstoles, todos hombres (en ello se basan los teólogos cristianos tradicionalistas para oponerse al sacerdocio femenino), se leen afirmaciones como las siguientes: "Pues no procede el varón de la mujer, sino la mujer del varón. Y no fue creado el varón para la mujer, sino la mujer para el varón. Por eso debe la mujer llevar en la cabeza la señal de la autoridad" (Primera Epístola a los Corintios: Cap. 11, vv. 8-10). El "marido es cabeza de la mujer como Cristo es Cabeza y salvador de la Iglesia, que es su cuerpo" (Epístola a los Efesios: Cap. 5, v. 23). "Esposas, hagan caso a sus maridos, como pide el Señor" (Epístola a los Colosenses: Cap. 3, v. 18). "Así también ustedes, las, esposas, respeten a sus maridos, de modo que, aunque algunos de ellos no crean en el mensaje, por la conducta de sus esposas, aun sin palabras, queden ganados al observar el proceder casto y respetuoso de ustedes" (1ª Epístola de San Pedro: Cap. 3, vv. 1-2), etcétera.

Contemporáneamente, algunas confesiones religiosas han dado muestras de estar más dispuestas a un *aggiornamento* en estas materias, que otras de clara estirpe integrista. Así ocurre, entre los cristianos, singularmente con los episcopales o anglicanos. El Sínodo General de la Iglesia Episcopal o Anglicana, tomó, el 11 de noviembre de 1992, la histórica decisión de permitir la ordenación de mujeres como sacerdotes, postura que constituye un avance evidente hacia el tratamiento igualitario de los dos géneros en el seno de las religiones cristianas, tradicionalmente orientadas hacia una postura desfavorecedora de la condición de las mujeres. Posteriormente aceptó también la Iglesia Episcopal que las mujeres accedieran al episcopado, el más alto rango reconocido dentro de la jerarquía eclesiástica por esa confesión religiosa. Contrasta esta actitud con la posición intransigente e integrista mostrada por el Vaticano sobre este punto, aunque todo indica que bajo la orientación de Jorge Luis Bergoglio, el *papa Francisco Magno*, se siente un viento renovador de rígidas y anacrónicas instituciones de la Iglesia Romana.

En relación con posturas religiosas allende la tradición judeo-cristiana, se destaca el pensamiento de la fe Baha'i, religión originada en Irán en el Siglo XIX (www.bahai.org). Sus principios, de franco corte humanístico, luchan, entre otras cosas, por la total igualdad entre hombres y mujeres. Una de las reglas de esta fe es la prohibición a sus adherentes de pertenecer a cualquier institución integrada exclusivamente por miembros de uno solo de los sexos.

Se ha hecho mención expresa del papel jugado por las religiones en la perpetuación de los prejuicios sexistas, porque resulta evidente que ellas también tendrían mucho que aportar en la solución de los mismos, si es que quieren realmente religar (sentido original del término religión) a los miembros de nuestra especie en un mundo más humanizado y no limitarse, como tantas Iglesias parecen estar haciéndolo, a seguir prestando su incuestionado servicio a un pasado plagado de inequidades y desigualdades, una de las más inhumanas de las cuales ha sido, precisamente, la odiosa relegación de las mujeres a un segundo plano en la vida de las sociedades humanas.

En el campo de las artes, múltiples han sido también las trabas que han tenido que afrontar las mujeres. La gran escritora británica Emily Brontë (1818-1848), por ejemplo, tuvo que publicar su famosa novela *Cumbres borrascosas* utilizando el seudónimo masculino de *Ellis Bell*. Algo similar le ocurrió a la notable escritora francesa Amantine Aurore Lucile Dupin (1804-1876), quien se ocultó tras ropas masculinas y el nombre de *George Sand* para poder acceder a círculos vedados entonces a las mujeres.

De todo cuanto ha sido objeto de análisis en este trabajo, emerge con claridad, en primer término, la existencia de una alta correlación, común a prácticamente todas las sociedades, entre la variable de género y la frecuencia del registro y la real ocurrencia de conductas definidas como punibles, que muestra un índice significativamente bajo (en algunos lugares, como Colombia, extremadamente bajo) de la criminalidad de las mujeres, cuando se la compara con la de los hombres. Esa correlación es notoria especialmente frente a los delitos violentos, de los que el homicidio es ejemplo emblemático. En el caso colombiano, según recientes

cifras, representa, como ya se señaló, una participación de las mujeres inferior al dos por ciento del total, a pesar de que ellas constituyen un poco más de la mitad de nuestra población.

5. CONCLUSIONES: CRIMINALIDAD FEMENINA Y ROLES SEXUALES

Ante la evidente incongruencia de los intentos de ofrecer una explicación de carácter naturista para la dramática diferencia de la participación de los dos géneros en la criminalidad, han emergido con mayor coherencia lógica las propuestas de índole “nurturista”, que vinculan la comprensión del fenómeno a la existencia de roles diferenciales asignados a los dos géneros que, aunque divergentes en el espacio y el tiempo, han acompañado a las sociedades humanas desde cuando contamos con registros históricos fiables.

Algunos de tales roles, cabe especular, parecen estar vinculados al hecho de que, en casi todas las sociedades contemporáneas las mujeres han tenido un papel protagónico en el cuidado de los infantes, lo que probablemente las ha hecho más sensibles a desarrollar empatía hacia el débil, necesitado de protección, a partir de la que han cimentado una ética de la alteridad que probablemente las refrena de realizar conductas directamente nocentes, en especial aquellas en que resulta evidente el daño causado al otro, tal como ocurre con los delitos violentos, en los que las cifras muestran la más baja participación femenina.

También nos indican los datos con que contamos, como aparece en los anteriormente citados, que la muy amplia diferencia entre la criminalidad femenina y la masculina, aunque de manera muy lenta, se ha venido acortando, y que en la actualidad esa diferencia es menor en las sociedades donde la participación de la mujer en la vida social es mayor y los roles de los dos géneros se han acercado, hasta hacerse muy similares.

Con estas premisas, resulta lógico pensar que si las mujeres, de manera progresiva, adoptan comportamientos y actitudes tradicionalmente definidos como masculinos, sería de esperar que su criminalidad se acerque, cada vez más a la alta participación que tradicionalmente han mostrado los hombres en la criminalidad. Si, en un ejercicio que, por supuesto, no es más que una reflexión matemática que en ningún caso pretende ser rigurosamente predictiva de un fenómeno tan complejo, las mujeres en Colombia llegasen a cometer tantos homicidios como los hombres (un poco más del 98 por ciento del total), las cifras del homicidio llegarían a superar el 196 por ciento de lo que hoy son. Si, por el contrario, emprendiésemos una compleja y dispendiosa tarea orientada a educar a nuestros niños, y reeducar a nuestros adultos, en los valores tradicionalmente asignados a las mujeres, idealmente la cifra de los homicidios podría descender hasta ser inferior al 4 por ciento de lo que hoy alcanza.

Se ha dicho que, por supuesto, la reflexión anterior es ideal, pero puede marcar un norte, el norte de una utopía posible, que nos permita, como alguna vez lo propuso Gabriel García Márquez (1927-2014) crear un “mundo de mujeres”, menos violento y presidido por valores de una ética de la alteridad, cuyo eje se finque en aquellos roles que han hecho de las mujeres, en general seres menos violentos, menos nocentes que los hombres. Vale incluso registrar, como argumento colateral que, tal como nos lo ha enseñado el historiador británico John Keegan (1934-2012), la participación de las mujeres en las guerras, en todas las guerras que en el mundo han existido, ha sido prácticamente insignificante, y hemos sido los hombres los gestores y actores de la mayor insensatez de cuantas ha conocido la historia humana: la guerra (Keegan: 2001a; 2001b).

Es esta la semilla de utopía que podríamos plantar al orientar nuestra política criminológica, o mejor, nuestra política social, o aún mejor, nuestra política sin adjetivo alguno, hacia el ideal de que, frente a nuestra concreta realidad, en nuestro aquí y ahora, empecemos a poner norte hacia una progresiva feminización de los hombres, en vez que seguir avanzando, en lo que parece también evidente: una masculinización progresiva de las mujeres.

Se deriva de los estudios sobre el estado de la investigación sociojurídica en Colombia (Silva García: 2006), que las indagaciones sobre las problemáticas de género y el derecho no han ocupado un lugar de alta

relevancia, al menos en términos cuantitativos. Este trabajo, en el sentido anterior, debe ser tomado como una invitación. A partir de la propuesta aquí contenida, cabría adelantar muchas indagaciones, tanto de tipo cualitativo como cuantitativo, que nos permitan identificar y valorar culturalmente cuáles roles, caracterizados como femeninos, han sido los mayormente determinantes del hecho incontrovertible de que nuestras mujeres tradicionalmente han sido mejores seres humanos que nuestros hombres.

En realidad, cuanto se ha dicho en estas páginas está basado en una construcción mediada, o relativizada por patrones culturales. Lo que entendemos por femenino (y por feminizar) o por masculino, como bien nos lo comprobó Margareth Mead (1901-1978) (Mead: 2001), no es más que una elaboración social. La propuesta aquí contenida, en últimas, se concreta en señalar la urgente necesidad, evidente en nuestros días, de *humanizar* a todos, hombres y mujeres, en procura de construir una sociedad más dialógica, más sensible ante el débil, más dispuesta a remediar su dolor. Una sociedad gobernada por una ética de alteridad. Una sociedad, en fin, cuyo núcleo de valores se fundamente en muchos de los roles que, en nuestro aquí y ahora, hemos definido como *femeninos*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adler, F. (ed.) (1984.). *The Incidence of Female Criminality in the Contemporary World*. New York University, New York.
- Adler, F., & Adler, H.M. [collaborator]; H. Levins, [interviewer] (1975). *Sisters in Crime*. McGraw-Hill, New York.
- Bernal Castro, C. (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Bernal Castro, C. (2015). *La Investigación penal en las sociedades posindustriales. Una tensión entre el efectivísimo y el garantismo penal en el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Carvajal Martínez, J. (2010). Seguridad ciudadana y política. *Novum Jus*, 4, (1), pp. 9-32.
- Engels, F. (1970). *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, en: Marx, K. & Engels, F. *Oeuvres choisies*. Progrès, t. III, Moscou. pp. 200-354.
- Federal Bureau of Investigation (1993). *Uniform crime reports. Crime in the United States*. U.S. Government, Washington D.C.
- Federal Bureau of Investigation (2016). *Uniform crime reports. Crime in the United States*, U.S. Government, Washington D.C.
- Fox, V. (1976). *Introduction to Criminology*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs (NJ).
- González Monguí, P.E. (2013). *Procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- Haslam, P. (1973). *The Woman Offender*. The John Howard Society of Ontario, Toronto.
- Hernández Carrillo, J. (1947). *La mujer delincuente en Colombia*. Centro Instituto Gráfico, Bogotá.

- Hollingworth, L.S. (1914). Variability as Related to Sex Differences in Achievement. *American Journal of Sociology*, XIX, (4), pp. 510-530.
- Hooton, E.A. (1969). *The American Criminal: an Anthropological Study. The Native White Criminal of Native Parentage*, Greenwood, New York.
- Jensen, A. (1980). *Características de la criminalidad femenina en tres países latinoamericanos: Panamá, Costa Rica, Colombia*. Imprenta Nacional, San José.
- Jensen, A. (1984). Norwegian Women in Court, en: Adler, F. (ed.). *The Incidence of Female Criminality in the Contemporary World*., New York University, New York.
- Keegan, J. (2001a). *Soldiers: A History of Men in Battle*. H. Hamilton, London.
- Keegan, J. (2001b). *War and our World*. Vintage Books, New York.
- Lombroso, C. & Ferrero, G. (1893). *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. L. Roux, Torino.
- Lombroso, C. & Ferrero, G. (2009). *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Roma.
- Mead, M. (2001). *Male and Female*. Harper Perennial, New York.
- Middendorff, W. & Middendorff, D.E.J. (1984). Changing Patterns of Female Criminality in Germany, en: Adler, F. (ed.), *The Incidence of Female Criminality in the Contemporary World*. New York University, New York.
- Montagu, A. (1978). *The Natural Superiority of Women*. 5ª ed., Collier, New York.
- Montague, H. & Hollingworth, L.S. (1914). The Comparative Variability of the Sexes at Birth. *American Journal of Sociology*, XX, (3), pp. 335-370.
- Morgan, L.H. (1877). *Ancient Society, or Researches in the Lines of Human Progress Savagery, Through Barbarism to Civilization*. MacMillan, London.
- Niceforo, A. (1959). *Criminología*. Cajicá, Puebla.
- Norza Céspedes, E.; González Rojas, A; Moscoso Rojas, M; & González Ramírez, J.D. (2012). Descripción de la criminalidad femenina en Colombia: factores de riesgo y motivación criminal. *Policía Nacional de Colombia. Criminalidad*, 54, (1), pp. 339-357.
- Parmelee, M. (1925). *Criminología*, Reus, Madrid.
- Pérez-Salazar, B. (2017). Plataformas de datos abiertos, laboratorios de ciudad y gestión de la seguridad urbana en Colombia, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 8, (15), pp. 7-28.
- Policía Nacional de Colombia (2002). *Criminalidad 2001*. Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, Bogotá.
- Policía Nacional de Colombia (2016). *Criminalidad*, 58, (2).
- Policía Nacional de Colombia (2017). *Criminalidad*, 59, (1).
- Pollak, O. (1950). *The Criminality of Women*, University of Pennsylvania, Philadelphia.
- Reid, Sue Titus (1979). *Crime and Criminology*, 2ª ed., Holt Rinehart and Winston, New York.
- Restrepo Fontalvo, J. (2008). *Cincuenta años de criminalidad registrada por la Policía Nacional*. In: *Criminalidad* (2008), 50, (1).
- Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un Enfoque Humanístico*. 4ª ed., Temis, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2015). *Control social, derecho y humanismo*. Leyer, Bogotá.

Reyes Echandía, A. (1987). *Criminología*. 8ª ed. Temis, Bogotá.

Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, pp. 845-863.

Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Silva García, G. (1998). El control penal sobre la sexualidad. Fundamentos, extralimitaciones y limitaciones, en: *Memorias XX jornadas internacionales de derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 231-271.

Silva García, G. & Pacheco Arrieta, I. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp.185-208.

Silva García, G. (2003). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 323-352.

Silva García, G. (2006). La administración de justicia: ¿escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables? *Revista Colombiana de Sociología*, (26), pp.105-123.

Silva García, G. (2006). Prospectivas sobre la educación jurídica, en: Pérez Perdomo, R & Rodríguez, J.C. (Coords.). *La formación jurídica en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 29-100.

Silva García, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, XI, (22), pp. 29-43.

Silva García, G. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2011b). *Criminología. Teoría sociológica del Delito*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, (19), pp. 159-182.

Tripp, M. (ed.) (1980). *Woman in the Year 2000*. Arbor House, New York.

Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. I. ILAE, Bogotá.

Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. II, ILAE, Bogotá.

Velandia Montes, R. (2017). *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

BIODATA

Jorge RESTREPO FONTALVO: Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; postgrado (nivel Master of Arts) en Criminología y Psicología en la State University of New York at Albany. Especialización en Investigación Criminal en la Universidad Externado de Colombia; abogado de la U. Externado de Colombia; profesor de varias universidades en programas de postgrado y pregrado; profesor investigador de la Universidad Católica de Colombia. Este trabajo es resultado de investigación del grupo "Conflicto y Criminalidad", de la Universidad Católica de Colombia.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.131-144
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Selectividad penal en la legislación para la Paz de Colombia

*Penal Selectivity in the Legislations for Peace of Colombia***Pablo Elías GONZÁLEZ MONGUI**ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4096-5187>pegonzalez@ucatolica.edu.co

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1773905>

RESUMEN

El gobierno colombiano negoció un acuerdo de paz con la guerrilla más numerosa de Colombia, que fue legitimado constitucional y legalmente por el Congreso de la República. Se creó una Jurisdicción Especial para la Paz, autorizada para realizar procesos de selección penal (positiva y negativa), en relación con los grupos armados en rebelión que firmaran un acuerdo de paz, los agentes del Estado y los civiles que cometieron delitos en el conflicto armado interno. Desde un enfoque criminológico se analizan la *amnistía e indulto*, el *tratamiento diferenciado*, la *renuncia a la persecución penal* y la *priorización* como procesos de selección penal.

Palabras clave: Conflicto armado, justicia transicional, paz, selección penal.

ABSTRACT

The Colombian government negotiated a peace agreement with the largest guerrilla group in Colombia, which was legitimated constitutionally and legally by the Congress of the Republic. A Special Jurisdiction for Peace was created, authorized to carry out criminal selection processes (positive and negative), in relation to armed groups in rebellion that signed a peace agreement, State agents and civilians who committed crimes in the internal armed conflict. From a criminological approach, amnesty and pardon, differential treatment, renounce to criminal prosecution and prioritization as criminal selection processes are analyzed.

Key words: Armed conflict, transitional justice, peace, criminal selection.

Recibido: 22-06-2018 • Aceptado: 15-07-2018



1. INTRODUCCIÓN

En Colombia se han llevado a cabo varios procesos de justicia transicional en la búsqueda por terminar con el conflicto armado interno de más de sesenta años y obtener una paz duradera.

Los más recientes son el que fue regulado por Ley 795 de 2005 conocida como “Ley de Justicia y Paz”, que estuvo dirigida fundamentalmente a la desmovilización de los grupos comúnmente denominados paramilitares (Pérez-Salazar: 2011), y en el año 2012, se introdujo una reforma a la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 01 de 31 de julio, denominado “Marco jurídico para la paz”, el cual fue rechazado por la guerrilla y rigió sin trascendencia alguna. No obstante, es un antecedente importante en el que por primera vez se elevó a rango constitucional en Colombia los denominados *procesos de selección penal* y se autorizó la *priorización* de las investigaciones penales en relación con los *máximos responsables* de los delitos (González Mongui: 2014).

En el segundo semestre de 2012, delegados del gobierno del presidente Juan Manuel Santos y de la guerrilla denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), comenzaron en Cuba un diálogo exploratorio con el objetivo de poner fin al conflicto armado colombiano y lograr una paz estable y duradera, que luego de prolongadas discusiones permitió suscribir un “acuerdo final” el 24 de noviembre de 2016. La reacción social informal no ha sido del todo favorable al acuerdo en materia de justicia, aunque en el legislativo ha existido una posición mayoritaria de apoyo. La actitud de rechazo probablemente puede ser entendida, en el contexto de procesos anteriores, donde la falta de voluntad política real de la guerrilla para negociar produjo una enorme frustración en las expectativas de la sociedad (Silva García: 2012a; 1985), generando posturas de algunos sectores traducidas en acciones jurídicas y políticas hostiles contra los acuerdos. Por ende, existen amenazas y ataques contra las disposiciones constitucionales y legales, cuyo futuro dependerá de quienes regenten el poder desde el segundo semestre del 2018.

Durante las negociaciones, el Congreso expidió el Acto Legislativo 01 del 7 de julio de 2016 que preparó el terreno para materializar la normatividad sobre los acuerdos con las FARC, mediante un procedimiento legislativo expedito conocido como “fast-track”. Posterior al acuerdo fueron expedidos, la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 sobre amnistía e indulto, el Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017 que creó un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz del 9 de octubre de 2017, y otros decretos del gobierno nacional con base en las facultades extraordinarias conferidas por el legislativo.

En la normatividad que tiene que ver con el acuerdo de paz se evidencia la selectividad penal y la disminución o supresión de los efectos de las normas sancionatorias penales, administrativas, disciplinarias y fiscales. Esto nos invita a reflexionar sobre ¿cómo se explican estos procesos de selección penal en la normatividad regulatoria del proceso de paz pactado por el gobierno colombiano con la guerrilla de las FARC?

Para comprender el alcance de las normas constitucionales y legales desde un enfoque criminológico, se realiza previamente un breve estudio de lo que son los *procesos de selección penal*, para luego analizar lo que tiene que ver con el *tratamiento diferenciado* que conduce a la *exclusión penal* (amnistía, indulto, renuncia de la acción penal) o a la disminución del rigor penal mediante la atenuación punitiva de los delitos y sus consecuencias jurídicas, con tal de lograr una paz estable y duradera.

El análisis se abordará desde el punto de vista criminológico con una metodología analítica, teniendo como base la normatividad jurídica expedida que regula lo atinente al acuerdo de paz.

2. LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PENAL

La teoría acerca de los *procesos de selección penal* en las diferentes sociedades es un planteamiento original de sociólogos norteamericanos. Fue Frank Tannenbaum (1957) quien en 1938 planteó el “proceso de hacer al criminal” (p.19), entendido como la definición, identificación y segregación de las personas como delincuentes. Por su parte, Edwin M. Schur (1969) calificó ese proceso como “criminalización” (p. 117), el cual ha sido ampliamente analizado en Colombia por Jorge Restrepo Fontalvo (2014; 2015). También Howard Becker (2010) consideró que existe un proceso social en que son seleccionados ciertos individuos y comportamientos para imponerles la etiqueta de criminales, acometido por grupos con el poder para definir y calificar a los otros, que denominó “empresarios morales”.

De los anteriores planteamientos se deriva el concepto de *criminalización* y en consecuencia de los *procesos de selección penal*. Mediante estos, desde la creación de la norma penal se realiza la escogencia de los comportamientos que se definen como delitos (Kitsuse: 1962) y de los individuos que llevarán el marbete de *delincuentes* o *criminales*.

Con la *criminalización primaria*, mediante la creación de la norma penal, empieza la escogencia de conductas y de individuos para el sistema penal, la *selectividad penal positiva*. La selectividad también puede ser *negativa*, cuando el legislador se abstiene de crear nuevos tipos penales, no definiendo las conductas divergentes como punibles, aunque el grupo social las perciba como tales, o se abstiene de proteger determinados bienes jurídicos, cuando existen elementos de juicio que permiten inferir el daño social de los comportamientos y por tanto la necesidad de su criminalización (González Monguí: 2013). A su vez, del origen de la selectividad penal positiva en la historia de Colombia, de sus características y naturaleza, en virtud de un proceso de construcción social del imaginario de la criminalidad y sobre los criminales, se ha realizado una extensa y pormenorizada explicación (Silva García: 2011a).

En lo que concierne a la criminalización negativa, la abstención se debe a razones de poder y a la existencia de intereses que evitan la tipificación de una conducta como delictiva, por ejemplo, es el caso de la evasión de impuestos en Colombia. Como lo expone Zaffaroni (2011), tampoco se selecciona:

(...) como homicidio la guerra, las muertes por polución ambiental, las penas de muerte, el cierre de hospitales, la desidia en el cuidado de las rutas (carreteras), ni los fabricantes ni vendedores de armas son etiquetados como cómplices de homicidios, aunque sean sus cooperadores necesarios, ni siquiera cuando las venden a dos bandos en guerra” (p. 238).

También puede presentarse la selección penal negativa por la vía de la descriminalización de las personas y las conductas, mediante la aplicación de mecanismos como las amnistías o indultos, tratamientos diferenciados o las renuncias a la acción penal, lo que permite no seleccionar a determinados individuos o grupos sociales como destinatarios de las normas penales existentes o se les atenúa o disminuye el rigor penal, como lo veremos en relación con la legislación producto del acuerdo final de paz con las FARC.

Luego, el sistema judicial (criminalización secundaria) selecciona a unos sujetos para atribuirles la calidad de “delincuentes”, “criminales”, “desviados” o en un lenguaje más adecuado y comprensivo, la de “divergentes” como propone German Silva García, (2011b, p.115). La criminalización secundaria es “la acción punitiva ejercida sobre personas concretas” (Zaffaroni: 2002: 7) en la que se decide “cuándo se aplica y cuándo no” (Sandoval Huertas: 1985, p. 69) la normatividad penal, lo que se traduce en selecciones positivas o negativas.

En la divergencia social, los individuos o los grupos sociales comparecen a un *punto de encuentro* o escenario de interacción social, motivados por el ánimo de realizar sus intereses e imponer sus ideologías, lo cual genera una disputa con otros individuos o grupos que a su vez pretenden materializar los propios. De tal modo, los actores de la divergencia ejecutan unas *líneas de acción social* o interacciones, las cuales

generan un *campo de separación* en el que se localizan los intereses e ideologías en contradicción, todo lo cual produce una situación de *conflicto social*, cuya nota predominante es la *diversidad*. En seguida, es probable que acaezca una intervención del control social penal, que actúa como selección positiva o como selección negativa, el cual optará por censurar o validar a una de las líneas de acción social y a sus actores, junto a la diversidad que encarnan (Silva García: 2012b; 2011b; 1996).

El proceso de selección penal que examinaremos aquí ha sido por voluntad política del gobierno y del legislador, bajo la óptica de una justicia transicional producto del acuerdo final de paz (Bernal Castro: 2015; Gómez Jaramillo, Velandia Montes & Bayona: 2016; Moya Vargas: 2011). Las razones fundamentales que impulsaron la celebración del acuerdo final de paz fueron, desactivar la confrontación violenta con la guerrilla de las FARC y lograr una paz estable y duradera. De paso el ejecutivo y el legislativo aprovecharon la coyuntura para solucionarle la situación jurídica a cientos de agentes del Estado que cometieron delitos graves en el marco del conflicto armado interno.

La selectividad penal es utilizada como un instrumento para la justicia transicional, la verdad y la reconciliación. La combinación con la comisión de la verdad y otros mecanismos extrajudiciales, fueron utilizados exitosamente en Ruanda para impulsar la paz en el marco de un proceso de justicia transicional (Maguemati: 2013). En Colombia se dan los pasos para hacer algo similar.

Debe considerarse también que dentro de la dinámica del conflicto social, el derecho penal suele convertirse en un instrumento para descalificar a los adversarios, por medio de la criminalización, para lo cual es indispensable poseer el poder necesario para influir en las definiciones penales; sin embargo, cuando no se posee el poder suficiente para neutralizar (González Mongui: 2016) o eliminar al oponente, a fin de no volver eterno el conflicto con todos los daños que ello puede acarrear, las partes en una situación de equilibrio relativo en términos de poder, optan por negociar (Silva García: 2008). La primera parte descrita suele corresponder a la selectividad positiva, en la segunda el realismo impone una selectividad negativa.

Adicionalmente, según Pérez-Salazar (2015), en el caso colombiano resultaba en extremo difícil sostener el gasto militar requerido por el conflicto armado interno.

3. LA EXCLUSIÓN DEL ALCANCE PENAL O LA ATENUACIÓN O DISMINUCIÓN DEL RIGOR PENAL

El acuerdo final de paz del gobierno con las FARC implica el establecimiento de un nuevo pacto social en que el Estado se compromete a realizar transformaciones sociales dentro del marco constitucional que tiene Colombia, con el objeto de lograr terminar el conflicto armado interno, por lo menos con ese grupo guerrillero, y la búsqueda de la paz, a través de un proceso de justicia transicional con un órgano exclusivo, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Conforme a Naciones Unidas, la justicia transicional se refiere a “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (ONU: 2009, p.66). Se entiende como procesos que permiten el tránsito de un conflicto armado interno como el colombiano a un estado de paz, en palabras de Kant, el paso de un estado de naturaleza a un estado civil para “someterse a leyes públicas y a su coacción” (Kant: 1998, p. 24).

La justicia transicional, como instrumento para lograr la reconciliación y la paz (Moya Vargas: 2012), tiene unos parámetros a nivel internacional y en particular se han fijado cuatro obligaciones inderogables de los Estados, como son, las satisfacciones del derecho a la justicia, del derecho a la verdad, del derecho a la reparación de las víctimas, y la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición (Joinet: 1997). Estos son considerados los “desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respeto a la Ley y rechazo a la impunidad” (CIDH: 2004). Sin embargo, la justicia

transicional podrá ser solo un discurso retórico si el conflicto armado interno continúa con otros actores y se mantienen las mismas situaciones económicas, sociales y políticas (Cáceres Mendoza: 2013).

Este proceso se ha surtido mediante la negociación del poder legítimo del Estado que ha cedido frente a los estándares de justicia colombiana, con una organización con poder al margen de la ley estatal que ha impuesto condiciones para que sus militantes se reintegren a la vida civil. Justamente, uno de los principales problemas que enfrenta el debate sobre la justicia transicional en Colombia es la imposibilidad de conceptualizarla “sin recurrir al modelo de justicia penal al que culturalmente ya estamos acostumbrados como forma cotidiana de reacción frente al conflicto” (Gómez Jaramillo, Velandia Montes & Bayona: 2016, p. 254). El rechazo a la justicia transicional por parte de algunos sectores en Colombia se debe a la exclusión penal, a la disminución de las penas o a la utilización de mecanismos alternativos al de la prisión, lo que demuestra que el acuerdo de paz en materia de selectividad penal es producto del ejercicio del poder político.

No solamente por el origen de la normatividad sino también por el control de constitucionalidad, estos procesos de selección penal son legítimos, de lo cual depende su validez jurídica. Como lo sostiene el profesor Germán Silva García, “(...) toda intervención penal, aun sobre el delito más reprobable, supone una actividad selectiva sobre la divergencia. La cuestión radica en dilucidar qué tipo de selectividad se aplica, si ella es legítima o no” (2011b, p. 245).

Como la definición de un delito es una construcción social, también por la vía de la deconstrucción normativa se puede decidir la exclusión o la atenuación punitiva del alcance penal de conductas punibles cometidas por determinados individuos o grupos de personas, lo que conduce a la construcción de otra realidad.

En torno a los procesos de construcción social de la realidad penal, referida a la divergencia social o al control social, existe una abundante literatura que de manera crítica aborda la materia, la cual ha cuestionado los supuestos en los que se fundan las intervenciones del control penal o la manera en que son percibidas ciertas acciones calificadas como criminales (Silva García & Díaz Ortega: 2015; Velandia Montes: 2015a; 2015b; 2017; Ávila & Pérez-Salazar: 2011; Silva García: 2010; Moya Vargas: 2007; 2008; 2015; 2016; Silva García: 2003a; 2003b; 2000a; 2000b; 1998a; 1997). Ahora, de lo que se trata es de producir una ruptura con esos procesos de construcción social, para en su lugar realizar un estudio analítico de los elementos y de las consecuencias envueltas en los procesos de criminalización negativos.

3.1. Selección de las personas excluidas del alcance penal o que se les atenúa el rigor penal

Al mismo tiempo que se seleccionan hechos, también se escogen los individuos o grupos sociales que en este proceso de justicia transicional no serán destinatarios de las normas penales o se les atenúa o disminuye el rigor penal.

Los destinatarios son las personas que hayan sido condenadas, procesadas o señaladas de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final el 1° de diciembre de 2016 (Ley 1820/16, art. 3). Ellos son, los miembros de un grupo armado en rebelión que haya firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, en este caso las FARC (Ley 1820/16, art. 3); quienes hayan cometido conductas punibles en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social (Ley 1820/16, art. 3); los miembros de la fuerza pública; los agentes del Estado que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuvieren ejerciendo como miembros de las Corporaciones Públicas, como empleados o trabajadores del Estado o de sus Entidades Descentralizadas Territorialmente y por Servicios, que hayan participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas, relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este el determinante de la conducta delictiva (Acto Legislativo 01 de 2017, art. 17 transitorio); y los civiles que sin formar parte de las

organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, quienes podrán voluntariamente someterse a la JEP para recibir el tratamiento especial (Ley Estatutaria, art. 63, parágrafo 4).

Para la selección de las personas y los hechos que serán objeto del proceso penal, el operador de justicia de la JEP debe tener en cuenta la gravedad, representatividad de los casos, las características diferenciales de las víctimas, las características de los [presuntos] responsables y la disponibilidad probatoria (Ley Estatutaria, art. 19). Dentro del grupo de personas y hechos seleccionados, a su vez, se aplicaría a los casos más graves, otra selección dentro de los escogidos. Este proceso lo denomina la norma constitucional “priorización” dentro del enfoque de selección en general, como una facultad de la JEP a efectos del ejercicio prevalente de la acción penal.

La selección y priorización deberá realizarse sobre la base de la “transparencia” como lo ha indicado la Corte Constitucional (sentencia C-579-2013), decisión que puede ser impugnada. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con participación de las víctimas, quienes deberán contar con asesoría especializada (Corte Constitucional, sentencia C-579-2013). Son varias las organizaciones representativas de víctimas y una importante es el Movimiento nacional de víctimas de crímenes del Estado MOVICE (Martínez Elías: 2018).

Las conductas que se pueden seleccionar como punibles para efecto de juzgamiento, son las que constituyan graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, lo que implica la exclusión penal (selectividad penal negativa) de una amplia gama de delitos (políticos y conexos) y por tanto de sus infractores. Para ello la JEP deberá hacer el ejercicio de la “priorización” a efecto de concentrar la investigación en esas graves violaciones y en los “máximos responsables” (selección penal positiva) de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (A.L. 01 de 2017, art. 3). Los criterios de selección no constituyen criterios para imputar responsabilidad.

Los máximos responsables en la Ley Estatutaria cambiaron su denominación por “quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos” (art. 19). Aquí se muta lo dispuesto en la Constitución Política, al trasladar la responsabilidad penal a los ejecutores materiales, quienes serían los de la “participación determinante”, mientras que los autores mediatos (los hombres de atrás) de un aparato organizado de poder quedarían indemnes en los casos en que no se logre demostrar el acuerdo para la comisión del delito en particular.

3.2. Selección de los bienes jurídicos o hechos que no serán objeto de protección penal o que tendrán un amparo disminuido

En relación con los exguerrilleros, el Estado renuncia a la protección del bien jurídico del régimen constitucional y legal (delitos políticos) y los delitos conexos, algunos contra la libertad individual, la fe pública, el patrimonio económico, la seguridad pública, entre otros, relacionados en una extensa lista (Ley 1820/16, art. 16). Uno de los aspectos que más suscita críticas es lo relativo al cultivo de plantas ilícitas, producción y tráfico de estupefacientes, con base en la gravedad que se les atribuye a estas conductas. Sobre este último punto, a más de exponer una crítica a la noción “romántica” o tradicional del delito político, como aquel guiado por fines nobles y altruistas, se ha sostenido que el tráfico de drogas puede ser conexo a la rebelión y la sedición cuando es ejecutado a fin de obtener recursos para materializar el delito fin, es decir, cuando se aplica a la financiación de las acciones contra el régimen constitucional vigente y la existencia y seguridad del Estado (Silva García: 1998b). Sentimientos similares convocaba el delito de secuestro, dada las características cruentas de muchas de sus expresiones asociadas a la guerrilla (Silva García: 2015), y por

varios contemplado como una infracción de lesa humanidad, por ende, no susceptible de un proceso de selección penal negativa como el examinado acá.

En lo que se refiere a los agentes del Estado y los civiles, la exclusión penal es también muy amplia con respecto a todos los delitos que tengan una relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

3.3. Creación y aplicación de privilegios en materia penal

Aunque teóricamente todos somos destinatarios de la ley penal y podemos caer bajo el imperio de ésta y ser juzgados por los jueces naturales cuando realizamos una conducta punible (selección penal positiva), puede introducirse en el sistema penal mecanismos de selección penal negativa que establecen privilegios para que un determinado grupo de personas pueda ser excluido de la aplicación de la ley penal, o se le exceptúe del alcance del juez natural mediante una jurisdicción especial que los juzgue o mediante amnistías, auto-amnistías, indultos o renuncia a la acción penal (González Mongui: 2013).

Por tratarse de un conjunto de procesos, la justicia transicional implica la utilización de variedad de mecanismos, uno de los cuales tiene que ver propiamente con el juzgamiento de las personas que han participado en el conflicto y para quienes se dispone *tratamientos especiales inescindibles y diferenciados* (Ley 1826 de 2016, art. 3). Sobre estos procesos, afirma el profesor Baratta (2000) que “la selectividad negativa permite también, y quizás más aún que la selectividad positiva, medir la función real del sistema de justicia punitiva para la reproducción de la realidad social”.

El tratamiento especial es “inescindible” porque no se puede separar, está unido en este caso a la justicia especial por parte de la JEP, de manera simultánea e integral (penal, disciplinaria, fiscal y administrativa) y queda por fuera de la competencia de los órganos ordinarios del Estado que de acuerdo con la legislación conocen de estos casos. Además, es “diferenciado” porque el régimen especial permite hacer una distinción para la selectividad, por el tipo de delitos y por la condición de las personas que los cometieron en el marco de ese conflicto armado interno, frente al tratamiento de las personas que han cometido delitos no relacionados con ese conflicto, a quienes se les juzga y aplica la ley penal común.

Los tratamientos especiales inescindibles y diferenciados de la normatividad para la paz se realizan a través de las siguientes medidas: i) las amnistías e indultos por los delitos políticos y conexos cometidos por el grupo armado en rebelión y “otros mecanismos especiales de extinción de responsabilidades y sanciones penales principales y accesorias” (Ley 1820/16, art. 6), condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes (Ley Estatutaria, art. 129), condicionado a la dejación de armas, a contribuir a la reparación de las víctimas, a la entrega de menores de edad, puntos estos que había expuesto la Corte Constitucional como limitante (sentencia C-579-2013), y la obligación de contribuir activamente en garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral (Ley Estatutaria, art. 20); ii) los tratamientos penales especiales incluidos los diferenciados para agentes del Estado (Ley 1820/16, arts. 6 y 7); y iii) los tratamientos especiales para civiles.

Hoy en día existe una tendencia importante acerca de replantear el rigor de la cárcel como mecanismo de control social. El panóptico, el presidio (Garzón Cárdenas: 2017) o la prisión son formas de control del cuerpo de las personas y de su libertad de expresión, que este proceso de justicia transicional puede contribuir hacia el futuro con el régimen penal común, con una visión de penas alternativas.

Todos los procedimientos prevalecerán sobre las actuaciones de cualquier jurisdicción o procedimiento (Ley 1820/16, art. 7), y son medidas del que se ha denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, (Ley 1820 de 2016, art. 6).

3.4. Amnistías e indultos

La palabra amnistía proviene del vocablo griego *amnestia*, que significa olvido. Cuando se concede por el legislador se perdonan y olvidan regularmente los delitos políticos. El indulto también permite la extinción de la sanción penal mediante el perdón, pero sin olvido de la conducta punible realizada. El Congreso de la República tiene la facultad general de expedir las leyes para conceder amnistías o indultos por delitos políticos (Const. Pol. art. 150-17).

Durante los siglos XIX y XX, la amnistía y el indulto han sido dos instrumentos jurídicos en la vida republicana de Colombia. Se dice que desde el año 1820 hasta el 2000 se expidieron 63 leyes de indultos y 25 de amnistías (Aguilera: 2001), entre otros por delitos políticos, cuya definición ha sido un proceso de construcción intervenido por intereses políticos y sociales (Romero Leal: 2017). Estos mecanismos no han sido tan exitosos en nuestro país para conseguir la paz, en la medida que algunos grupos se desmovilizan, pero quedan reductos o surgen otros que copan los espacios dejados por los grupos rebeldes incorporados a la vida civil.

Mediante la Ley 1820 de 2016 y en desarrollo del acuerdo final, el legislador permite al sistema judicial especial conceder la amnistía por los delitos políticos, es decir, aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal. Se refiere la ley expresamente a los delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, y además los extiende a los delitos que sean conexos con estos (Ley 1820/16, art. 20), es decir, que la amnistía cubre también un amplio espectro de delitos comunes.

La amnistía es un mecanismo de selección penal negativa que extingue la acción penal e impide la realización de nuevos juicios penales por los mismos hechos respecto de conductas definidas como delitos que están por juzgar (amnistía propia), o deja sin efecto el cumplimiento de la pena de quienes hayan sido condenados (amnistía impropia). El otorgamiento de la amnistía tiene como efecto la declaración de la extinción de la acción penal, de las sanciones principales y accesorias, según el caso, así como de la acción civil y de la condena indemnizatoria, por parte del funcionario judicial competente (Decreto 277 de 2017, art. 5).

También el indulto es un mecanismo de selección penal negativa que extingue las sanciones impuestas por los delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, siempre y cuando sean conexos con el delito político, lesiones personales con incapacidad menor a 30 días; daño en bien ajeno; perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; obstrucción a vías públicas que afecte el orden público; disparo de arma de fuego; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; y violencia contra servidor público; perturbación de actos oficiales; y asonada del Código Penal colombiano (Ley 1820 de 2016, art. 24).

La competencia de la JEP para juzgar y si es del caso para condenar a los exguerrilleros, queda circunscrita a los delitos que no son amnistiables. Siguiendo los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias que ha proferido, la Ley 1820 estableció la prohibición expresa para conceder la amnistía o indulto en relación con las graves violaciones de derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. La dificultad en la aplicación del régimen especial y la deducción de condenas por delitos de lesa humanidad constituye un reto para la JEP, a su vez limitada por la exigencia de que tal calificación cumpla los siguientes requisitos: un ataque generalizado o sistemático, contra la población civil y con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen (González Mongui: 2017). Sin embargo, en la normatividad a que se hace referencia sólo se estableció que el ataque fuera sistemático, no se menciona el generalizado, elemento este que es importante para la tipificación de un delito como de lesa humanidad.

Otra limitante establecida para efecto de la declaratoria de conexidad es que se trate de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero (Ley 1820 de 2016, art. 8).

3.5. Los tratamientos penales especiales incluidos los diferenciados para agentes del Estado

En esta negociación se declaró tácitamente una especie de empate entre contendientes del conflicto, en la medida que los beneficios que se le concedieron a los guerrilleros también deben aplicarse a los agentes del Estado y a los civiles en forma equivalente, en cuanto fueron aliados del aparato estatal, de manera ilegal.

Para combatir a los “delincuentes” están los agentes del Estado, para quienes se reclama ventajas y si es del caso de inmunidades frente al derecho penal. Los inquisidores afirmaban “que eran inmunes porque Dios no podía permitir semejante grado de mal” (Baratta: 2000, p. 226). Continuamente se aduce la necesidad de inviolabilidades, inmunidades, fueros o disposiciones laxas, o que de cualquier forma se excluya a los agentes del Estado del alcance penal, es decir, que no se les investigue, o que no se les sancione penalmente. Y en relación con los civiles que son aliados declarados u ocultos del Estado, del régimen político o del gobernante y que hacen parte de las “*huestes del bien*”, se reclama que no sean perseguidos penalmente por sus conductas punibles, o en última instancia, que el Derecho penal sea condescendiente y benévolo. De ahí que era muy fácil concluir, con pocas voces de oposición, que la aspiración del gobierno y los legisladores ha sido que los agentes del Estado y civiles que intervinieron en el conflicto armado interno y cometieron delitos, no deben ser alcanzados penalmente y por tanto son sujetos de un tratamiento especial diferenciado.

Los tratamientos penales especiales son dirigidos, en particular, para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (Ley 1820 de 2016, art. 2). Siguiendo los parámetros internacionales, los agentes del Estado, no recibirán amnistía ni indulto, pero a cambio, tienen un tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo de conformidad con el artículo 9 de la ley 1820 de 2016, entre ellos la renuncia a la persecución penal en desarrollo del principio de favorabilidad (Ley 1820 de 2016, art. 45). Lo anterior significa que el tratamiento para los agentes del Estado, incluidos los agentes pertenecientes a la fuerza pública, debe ser idéntico, igual, proporcional, equivalente y debe producirse al mismo tiempo que el tratamiento por amnistía e indulto por delitos políticos y conexos, lo que podría considerarse desde el punto de vista doctrinario como una auto-amnistía por delitos comunes. Considerarlo así, es uno de los riesgos de invalidez jurídica de la normatividad analizada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en varios casos (Argentina, Brasil, Chile, Perú, Uruguay) así lo ha declarado (González Monguí: 2013).

Estos tratamientos conducen a la extinción de responsabilidades y sanciones penales principales y accesorias (Ley 1820 de 2016, art. 4), disciplinarias y administrativas o a la renuncia del Estado a la persecución penal que extingue la acción penal, establecidos en el acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, incluidos los diferenciados para agentes del Estado (Ley 1820/16, arts. 6, 7, 44; Ley Estatutaria, art. 45).

Significa lo anterior, que este mecanismo, en similares condiciones para los exguerrilleros, no procede contra agentes del Estado cuando los delitos no tienen relación con el conflicto armado interno, o se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, o delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar (Ley Estatutaria, art. 45; Ley 1820 de 2016). En los términos antes indicados, solamente serán seleccionados para efectos punitivos las graves violaciones de derechos humanos y los

crímenes de guerra, siempre y cuando cumplan con los requisitos de sistematicidad cuando de delitos de lesa humanidad se trate.

Como requisitos para que se pueda renunciar condicionadamente al ejercicio de la acción penal se requiere que las personas y los hechos no hayan sido objeto de selección y que además, cada una de esas personas, contribuya de manera eficaz al esclarecimiento de la verdad, lo que no implica la obligación de aceptar responsabilidades; además, reparar a las víctimas y una de las formas es aportando la verdad plena; y como medida formal, que haya suscrito acta de compromiso de no repetición y de abstenerse de cometer nuevos delitos (Ley Estatutaria, art. 19, parágrafo 1; art. 20).

4. CONCLUSIONES

En lo atinente a la reacción social informal, la opinión pública colombiana está dividida entre quienes apoyan el proceso de paz y los que atacan el proceso de negociación. El tratamiento diferenciado, la selectividad penal y la priorización, como mecanismos excepcionales de justicia transicional dirigidos a la exclusión penal o a la disminución del rigor penal, son aceptados y legitimados desde lo normativo, pero desde lo social existe un amplio sector que le apuesta al fracaso del proceso.

La legitimidad jurídica de la justicia transicional, como también sus límites, se fundamenta en la normatividad constitucional y los controles de constitucionalidad. Aunque el derecho es la forma jurídica que les da legalidad a los mecanismos de justicia transicional (vigencia formal), su fundamento superior (la paz) desborda el marco jurídico para trasladarse al ámbito del poder político, desde donde existen amenazas y ataques contra el proceso de paz.

La reforma constitucional permite que la guerrilla, como también los agentes del Estado y civiles que han cometido delitos dentro del marco del conflicto armado interno, tengan menos riesgo de ser procesados y condenados, y mayores posibilidades de ser excluidos del alcance penal o su situación atenuada penalmente en lo máximo posible. Y, en los casos en que se defina que debe haber condenas, se podrán aplicar sanciones extrajudiciales, penas alternativas, o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. En síntesis, son amplias las posibilidades de reducir el rigor penal mediante procesos de selección penal negativa.

La obtención de una paz estable y duradera, más que de la legislación, dependerá de la voluntad política de los reinsertados a la vida civil y del compromiso de paz de los agentes del Estado que han cometido delitos dentro del conflicto armado interno, como también del Estado mismo, de brindar las garantías necesarias para los exguerrilleros, para no ser perseguidos por la condición que han tenido de ilegales. También dependerá de la aceptación social y de que no tengan éxito quienes le apuestan a continuar el conflicto. En síntesis, solo el efectivo cumplimiento del pacto social garantizará la paz estable y duradera.

La aplicación de justicia producto del acuerdo final y de la normatividad regulatoria expedida, tendrá que cumplirse sobre la base de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y DIH, bajo el riesgo de la desaprobación jurídica de la CIDH o la intervención de la Corte Penal Internacional, si llegan a aplicarse auto-amnistías a los agentes del Estado que hayan infringido gravemente los derechos humanos y el DIH, como en el caso de las denominadas ejecuciones extrajudiciales, eufemísticamente denominadas “falsos positivos”.

Está por abrirse un capítulo de paz en la historia de Colombia que, de ser exitoso, significará que la violencia no será obstáculo para el reconocimiento y la implementación de los derechos fundamentales, que garanticen el bienestar y calidad de vida de los colombianos, desde una perspectiva de Estado constitucional y democrático de Derecho. Tampoco podrá ser el pretexto para no reconocerlos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera, M. (2001, mayo). Amnistías e indultos, siglos XIX y XX. *Revista Credencial*, (137), Biblioteca Virtual del Banco de la República, Bogotá. www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/mayo2001/137amnistias.htm.
- Ávila Martínez, A. & Pérez, B. (2011). *Mercados de criminalidad en Bogotá*. Taller de Edición Rocca y Corporación Arco Iris, Bogotá.
- Baratta, A. (2000). El paradigma del género. Desde la cuestión criminal a la cuestión humana, en: Saiz Arnaiz, A. et al. *Responsa Iurisperitorum Digesta*, (1) Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Becker, H.S. (2010). *Outsiders. Sociología de la desviación*. Siglo XXI, Buenos Aires.
- Bernal Castro, C. (2015). *La investigación penal en las sociedades postindustriales. Una tensión entre el efectivismo y el garantismo penal en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Cáceres Mendoza, E. (2013). Justicia transicional y derecho a la reparación integral. Aproximación al caso colombiano. *Novum Jus*, 2, (7), pp. 55-87.
- CIDH. (2004). *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Doc. OEA/Ser.LV/II.120. <http://www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/indice.htm>.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-577 de agosto 6 de 2014, M.P. María Victoria Sáchica Méndez. Bogotá, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm>.
- Garzón Cárdenas, R. (2017). Adolfo León Gómez y el presidio en el primer cuarto del siglo xx en Colombia. *Novum Jus*, 1, (11), pp. 129-142.
- Gómez Jaramillo, A, Velandia Montes, R & Bayona Aristizabal, M. (2016). La política criminal en el marco del conflicto armado en Colombia, en: *Procesos legislativos y ordenamiento constitucional: abordajes teóricos*. Bogotá, Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos - CAEL, Senado de la República de Colombia. <http://190.26.211.101:8080/cael/investigaciones/publicaciones/6-procesos-legislativos-y-ordenamiento-constitucional/file>
- González Monguí, P.E. (2013). *Procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- González Monguí, P.E. (2014). Selectividad Penal y "Marco jurídico para la paz" en Colombia. *Verba Iuris*, (32), pp. 135-148.
- González Monguí, P.E. (2016). Justificaciones de los actores y de las víctimas en el conflicto armado interno colombiano: técnicas de neutralización, en: Fortich Navarro, M.P; González Monguí, P. E & Mazuera Ayala, P. (eds.). *Tendencias de historia del derecho y memoria histórica en Latinoamérica*. Universidad Libre, Bogotá, pp. 153-196.
- González Monguí, P. E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Joinet, L. (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la*

resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II. ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º período de sesiones. http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf.

Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua*. 6ª ed., Tecnos, Madrid.

Kitsuse, J.I. (1962). Societal Reaction to Deviant Behavior Problems of Theory and method. *Social Problems*, (9), pp. 247-256.

Maguemat, W. (2013). Experiencias posconflicto de países africanos: justicia transicional en Ruanda. *Novum Jus*, 1, (7), pp. 31-49.

Martínez Elías, A.E. (2018). El surgimiento del move y la teoría contemporánea de los movimientos sociales. *Novum Jus*, 1, (12), pp. 131-161.

Moya Vargas, M.F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2008). La Transvaluación: sus posibilidades como categoría de análisis en la investigación sociojurídica. *Novum Jus*, 1, (2), pp. 33-68.

Moya Vargas, M.F. (2011). *Relaciones judiciales penales internacionales*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2012). *La verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2015). *Producción Probatoria de la Verdad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2016). Acerca del Principio de Congruencia: estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004. *Pensamiento Jurídico*, (44), pp. 259-290.

Oficina Alto Comisionado para la paz. (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Pérez-Salazar, B. (2011). Justicia y paz en Cundinamarca y Bogotá: balance regional de la ley de Justicia y Paz, en: *La desmovilización de los paramilitares en Colombia. Entre el escepticismo y la esperanza*. Universidad de Los Andes, Bogotá, pp. 397- 422.

Pérez-Salazar, B. (2015). La sostenibilidad de la política de paz para la terminación del conflicto armado interno en Colombia, en: AAVV. *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4ª ed., Temis, Bogotá.

Restrepo Fontalvo, J. (2015). *Control social, derecho y humanismo*. Leyer, Bogotá.

Romero Leal, Y del P. (2017). Delito político en Colombia en el siglo XIX. Reflexiones sobre la revolución en el juicio criminal contra José María Obando (1853-1855). *Novum Jus*, 2, (11), pp. 81-95.

Sandoval Huertas, E. (1985). *Sistema penal y criminología crítica*. Temis, Bogotá.

Schur, E.M. (1969). *Our Criminal Society; the social and legal sources of crime in America.*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs NJ.

Silva García, G. (1985). *El proceso de paz. Un paso adelante dos pasos atrás*. FESIP y CSPP, Bogotá.

Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el*

próximo milenio. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, pp. 845-863.

Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Silva García, G. (1998a). El control penal sobre la sexualidad. Fundamentos, extralimitaciones y limitaciones, en: *Memorias XX jornadas internacionales de derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 231-271.

Silva García, G. (1998b). Delito político y narcotráfico, en: *La problemática de las drogas. Mitos y realidades*. Universidad Externado de Colombia y Proyecto Enlace del Ministerio de Comunicaciones, Bogotá, pp. 65-90.

Silva García, G. (2000a). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. *Derecho Penal y Criminología*, XXI, (68). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 129-143.

Silva García, G. (2000b). Una revisión del análisis económico sobre el derecho. *Economía Institucional*, (2), pp. 173-196.

Silva García, G. & Pacheco Arrieta, L. P. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp. 185-208.

Silva García, G. (2003a). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (Coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 323-352.

Silva García, G. (2003b). Dosificación punitiva. Igualdad y preferencias ideológicas, en: Prieto Sanjuán, R. (Coord.) *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 349-414.

Silva García, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, XI, (22), pp. 29-43.

Silva García, G. (2010). Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 1, (1), pp. 59-86.

Silva García, G. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2011b). *Criminología. Teoría sociológica del Delito*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2012a). ¿La décima es la vencida? El nuevo proceso de paz con las FARC. *Nueva Época*, (39), pp. 69-82.

Silva García, G. (2012b). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.

Silva García, G. & M.F. Díaz Ortega (2015). ¿Justicia penal o justicia premial? Un análisis sociojurídico sobre la justicia penal en Colombia, en: *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México D.F. pp. 109-137.

Silva García, G. (2015). Secuestro político y control penal en Colombia. *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*. 1, (1), pp. 569 a 582.

Tannenbaum, F. (1957). *Crime and the community*. University, New York.

Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. ILAE, T. I, Bogotá.

Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. ILAE, T. II, Bogotá.

Velandia Montes, R. (2017). *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Zaffaroni, E.R.; Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho penal, parte general*. 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, E.R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Ediar, Buenos Aires.

BIODATA

Pablo Elías GONZÁLEZ MONGUI: Abogado, especializado en Derecho Penal y Criminología, Doctor en Derecho, Ex-Vicefiscal General de la Nación, profesor en varias universidades. Docente investigador de la en el Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad, al cual pertenece este trabajo como resultado de investigación.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.146-168
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Medios de comunicación y su influencia en la punitividad de la política penal colombiana

Media and its Influence on the Punitiveness of Colombian Criminal Policy

Rafael VELANDIA MONTES

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4947-5544>

rvelandia@ucatolica.edu.co

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1774068>

RESUMEN

El delito de naturaleza violenta goza de relevancia evidenciable en el interés social en las noticias sobre su comisión. El porqué de esta trascendencia se encuentra en la cobertura excesiva que se le brinda al delito distorsionando su realidad. Esto hace surgir actitudes ciudadanas punitivas, que son el sustento de propuestas de reformas normativas. Esta tendencia punitiva se presenta en la sociedad colombiana y sostiene que la cadena perpetua es el único mecanismo posible de intervención estatal despreciando a cualquier otro mecanismo extrajurídico o jurídico de intervención estatal y, en consecuencia, viola el principio de *ultima ratio*.

Palabras clave: Medios de comunicación, política penal, populismo penal y punitividad.

ABSTRACT

Violent crime is important nowadays, as can be seen by collective interest in news about it. The excessive coverage given by the media to criminality distorts its reality and explains its significance in contemporary societies. This gives rise to punitive attitudes, which sustain proposals for legal reforms. This punitive tendency exists in Colombian society, affirms that life imprisonment is the only possible mechanism of State intervention, disregards any other legal or extra-legal tools, and therefore violates the principle of criminal law as a last resort.

Key words: Media, penal policy, penal populism, punitivity.

Recibido: 20-06-2018 • Aceptado: 18-07-2018



Utopía y Praxis Latinoamericana publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported (CC BY-NC-SA 3.0). Para más información dirijase a https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/deed.es_ES

1. INTRODUCCIÓN

No sorprende afirmar que hoy en día el delito goza de una relevancia social alta que se aprecia en la fascinación colectiva que despiertan en la ciudadanía las noticias sobre la comisión de conductas de naturaleza criminal, específicamente aquellas de carácter violento. Si bien tal interés y el cubrimiento informativo del comportamiento delictivo violento no son novedosos, de hecho, se ha ubicado su origen en la narrativa sobre detectives en la obra de Edgar Allan Poe y Sir Arthur Conan Doyle, con sus personajes C. Auguste Dupin y Sherlock Holmes, respectivamente, y la aparición a lo largo del siglo XIX de diversas publicaciones, tabloides, magazines, etc., (Cheatwood: 2010), con información sobre la comisión de delitos de tal carácter (Barata: 2008), lo que ha cambiado hoy en día es la amplitud de la cobertura de las actuaciones violentas, que es mayor no solo en número sino también en su narración, lo más detallada posible en cuanto a sus aspectos sangrientos y sórdidos, y en el acompañamiento gráfico, que se ha transformado de dibujos caricaturescos a fotos explícitas en las cuales se puede ver con la máxima precisión las heridas infligidas a las víctimas.

Entre las referencias más importante y recientes de tal naturaleza tenemos, verbi gratia, el caso de Rosa Elvira Cely, mujer víctima de los delitos de tortura, acceso carnal violento agravado y homicidio agravado por un compañero de estudios: "Rosa Elvira sufrió un paro cardíaco, perdió la conciencia y al ser intervenida en el quirófano le encontraron la pelvis y el útero rotos como consecuencia de un palo que le habían introducido por el ano. Dentro del cuerpo se hallaron rastros de yerba y astillas" ("La muerte de Rosa Elvira Cely": 2012). En la misma línea está el caso de Yuliana Samboní, niña de 7 años, víctima de los delitos de feminicidio agravado, acceso carnal violento agravado y secuestro simple agravado ("Fiscalía pide 60 años": 2016):

(...) la pequeña de tan solo siete años fue violada dos veces: en el carro y en el apartamento...se reveló que la niña fue torturada durante varias horas antes de morir. Se hallaron mordiscos en su cara y marcas de estrangulamiento en su boca y cuello (...) el supuesto violador y asesino 'tuvo todo el día para hacer lo que quiso y además dormir' (...) Luego de haber cometido el delito...intentó esconder el cadáver debajo de la silla del sauna...la ropa de la menor estaba envuelta en una bolsa plástica y oculta en el tanque del inodoro...Pero cuando subieron a la terraza, con un jacuzzi empotrado (...) hallaron el cuerpo de Yuliana Andrea, desnudo y empapado de aceite de cocina (Betín: 2016).

Este cubrimiento noticioso amplio sobre ciertas formas de delincuencia distorsiona la realidad del delito en las sociedades contemporáneas (Moya Vargas: 2017a; 2017b; Silva García: 2001a), porque transmite la idea de que él está en aumento, así ello no sea cierto, lo que sirve de sustento injustificado a peticiones para aumentar la pena de prisión a las conductas que ya se encuentran criminalizadas y para el uso del Derecho penal como única forma de hacer frente a toda clase de conflictos sociales violando el principio de *ultima ratio* y por último, pero no por ello menos importante, centra la atención de la ciudadanía con exclusividad en el delito de naturaleza violenta y la aparta de otros crímenes de igual relevancia y de otros conflictos sociales de igual o mayor trascendencia pero sobre los que no se quiere la atención colectiva. Así, por ejemplo, se ha convertido a la seguridad, especialmente la denominada seguridad ciudadana (Velandia Montes: 2015a), en un bien social de primera necesidad social que se utiliza para legitimar la intervención a través del Derecho penal sobre población considerada indeseable por los detentadores del poder como, verbi gratia, quienes venden en la calle productos que violan los derechos de autor o los inmigrantes (Velandia Montes: 2015a; Carvajal Martínez: 2010).

Más aún, la sordidez de los delitos violentos que destacan los medios masivos de comunicación suele alimentar la demonización que se hace de los delincuentes, que son presentados como seres irracionales presas de motivaciones diabólicas, capaces de destruir a las instituciones y a la sociedad misma si no se los

castiga con todo el peso de la ley, bajo la idea de incorregibilidad del delincuente, propio de la teoría de prevención especial negativa, que aún se defiende a pesar de que no tiene ningún sustento científico (Velandia Montes: 2015b). En tal sentido es ejemplar la alarma creada por los medios de comunicación en los EE. UU. sobre guerra contra el terrorismo y los terroristas, pánico que fue instrumentalizado por el gobierno de George W. Bush (2001-2008) para privar de las garantías procesales a quienes se señalaban como “enemigos combatientes”, personas que terminaron siendo condenados por comisiones militares creadas para tal fin en la base militar de Guantánamo, en Cuba (Pérez-Salazar: 2003).

La problemática anterior tiene una relación directa con los procesos de construcción social de la realidad, en este caso referida a la criminalidad y los criminales, donde la realidad material u objetiva es sustituida por otra “realidad” subjetiva basada en juicios de valor, con el concurso de interpretaciones, definiciones, imágenes, usos del lenguaje y recetas o tipificaciones sociales (Silva García: 2011a). La investigación sociojurídica colombiana ha ahondado en varias de sus expresiones, reflejadas en percepciones referidas al delito o que conciernen a la operación del control penal (Velandia Montes, 2015a; 2015b; Silva García: 2015; Moya Vargas, 2015;2012; Silva García: 2010; Moya Vargas: 2007; Silva García: 2003;2001c; 2000a; 2000b;1997). En este trabajo serán abordados esos procesos, pero con referencia a una de sus manifestaciones, esto es, aquella desarrollada con el concurso de los medios de comunicación.

La definición como criminal de un comportamiento, con todas las descripciones complementarias que lo matizan para convertirlo muchas veces en un drama, es un acto político de imposición de un título o etiqueta. Se trata de una definición, no de una acción que contenga atributos que la hagan criminal, no existe ningún comportamiento que tenga tal cualidad. Ella se extiende al presunto autor o partícipe del delito a quien se adscribe el estatus de criminal. La conducta que deriva en una actuación de interés para las autoridades penales es una acción social divergente, motivada por intereses e ideologías en contradicción con las de otros grupos sociales, lo que genera un conflicto social que, mediante la intervención de las agencias de control penal, puede culminar en la censura o reprobación de la situación de diversidad envuelta en la divergencia (Silva García: 2012; 2000c; 1999; 1996). Acá se examinará cómo se produce el proceso de rotulación de la divergencia social como criminal, que es el resultado de la actividad de un mecanismo de control social informal (los medios de comunicación) aunado a un instrumento de control social formal (los aparatos penales).

Entonces, se plantea aquí como problema de investigación cuál es el efecto en la política penal del cubrimiento noticioso de la criminalidad. Ante este interrogante se propone como hipótesis que la cobertura de los medios de comunicación sobre la criminalidad es excesiva y centrada de manera predominante en la delincuencia cometida por miembros de las clases socialmente no poderosas y en la delincuencia tradicional, es decir, delitos contra la vida e integridad personal, la libertad, integridad y formación sexuales y el patrimonio económico de menor lesividad, lo que se explica en la atracción que la ejecución de tales delitos despierta en la sociedad y que es explotada económicamente por los medios. Este cubrimiento noticioso exagerado genera actitudes ciudadanas punitivas que a su vez sirven como sustento de propuestas maximizadoras del Derecho penal debido a un aparente reclamo social de intervención estatal ante una supuesta situación de descontrol. Esta banalización de la criminalidad, por medio de la crónica roja o prensa amarillista (Moya Vargas & Bernal Castro: 2015), trastoca y distorsiona el conflicto social derivado de la divergencia encubriendo las disputas por intereses e ideologías en contradicción, sin que se advierta que el control penal opera como un instrumento de intervención política sobre el conflicto (Silva García: 2008), que concurre guiado por metas específicas.

De tal suerte, según se ha expuesto, en primer lugar, se examinarán los parámetros y el proceso de selección de lo relevante periodísticamente con el objetivo de indagar la trascendencia del delito en los medios de comunicación. Luego, nos ocuparemos de la necesidad de la información sobre el delito, es decir, indagaremos si existe o no interés colectivo sobre el particular y, en el evento de que se llegue a una conclusión en sentido positivo, qué le sirve de sustento. Por último, se examinarán qué consecuencias tiene

esta atracción en la sociedad y en la política penal, con referencia al caso colombiano, mediante el análisis de ámbitos de conflictividad de especial relevancia como lo son la delincuencia sexual y violenta en contra de ciertos sujetos, de manera específica, las mujeres y los menores de edad. De tal suerte, a continuación, procederemos a ocuparnos del proceso de selección de aquello que se estima como socialmente relevante.

2. EL CRIMEN Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

a) Selección de lo relevante desde el punto de vista periodístico

¿Qué es noticiable? Sobre la cuestión Fuller (2010) ha señalado:

(...) el modelo estándar de periodismo profesional incluye las disciplinas de precisión, desinterés en el informe, independencia de las personas y organizaciones sobre las que se reporta o afectados por el reporte, un modo de presentación a veces llamado objetivo o neutro y el claro etiquetado de qué es hecho y qué es opinión" (p.13).

De todas maneras, se ha puesto de presente cómo este modelo estándar no se encuentra en la realidad:

El modelo estándar de periodismo profesional ha sido atacado en múltiples frentes. Un clima de escepticismo está socavando la creencia del público en la capacidad de los medios de comunicación para presentar una descripción exacta de la realidad. Un resurgimiento democrático facilitado por la Internet está alejando a las personas de la autoridad del experto. La ciencia de la mente ha refutado la idea de que la emoción y la razón pueden ser separadas y que una es invariablemente mejor que la otra para guiar la conducta humana. Y la necesidad de conectar emocionalmente con el público para conseguir su atención en un medio ambiente altamente competitivo e inmerso en mensajes está haciendo que el desapego, la neutralidad y la separación clara entre hecho y opinión sea contraproducente (p.137).

Por ende, si el modelo estándar no determina qué debe ser objeto de cubrimiento informativo el interrogante que surge es qué factores inciden en ello. Así, se afirma que los detentadores sociales del poder lo deciden, enfoque marxista de la ideología dominante, lo que genera un "riesgo en aumento de que grupos culturalmente dominantes impongan patrones de creencias y conducta que están en conflicto con los de las minorías étnicas, culturales y religiosas" (Jewkes: 2004, p. 20). Además, este enfoque sostiene que los detentadores del poder "manipulan los parámetros de selección de los medios para conseguir apoyo a políticas para criminalizar a aquellos con menos poder en la sociedad" (*Ibidem*) y evitar atraer la atención social sobre las acciones socialmente dañinas de los poderosos (*Ibidem*), lo que tiene como propósito evitar su criminalización. Es decir, el uso selectivo del Derecho penal, que se conoce como criminalización primaria, en el que solo se tipifican como delito las acciones cometidas por miembros de las clases sociales menos poderosas de la sociedad, incluso así no afectan de manera grave los intereses sociales, mientras que las conductas de los integrantes de los grupos sociales más poderosos no lo son así afecten de manera grave tales intereses (Zaffaroni, Alagia & Slokar: 2000; Cita Triana: 2011; Garzón Cárdenas: 2017).

También se ha sostenido que la decisión sobre lo relevante como noticia (Ramírez: 2012) depende exclusivamente de factores económicos: solo se informa aquello que sea llamativo para la ciudadanía y garantice la venta de más ejemplares o de mayores consultas del medio informativo, si es de acceso gratuito. Justamente, aquello que se considera que es o no digno de noticia es una cuestión en la que se presenta un contraste "por supuesto altamente cuestionable y arbitrario. Las actividades de celebridades en Londres y Nueva York son consideradas dignas de noticias, por ejemplo, mientras que el futuro de millones de pobres en África o en algún otro lugar no" (Ginneken: 2003, p. 56). Así, sobre el porqué del interés colectivo en las

noticias de las celebridades, Fuller (2010) afirma: “Porque establecemos un vínculo emocional fuerte y sucedáneo con celebridades en una sociedad cada vez más transitoria, desencarnada, y solitaria. Las celebridades ayudan a mantener juntos a grupos muy grandes y dispares” (p. 175). Por lo tanto, bajo el enfoque económico la cuestión es precisar qué ocasiona que la gente tenga interés en información sobre los delitos. En todo caso, y al margen de los parámetros de los modelos citados, surge una incógnita: ¿debe ser el delito objeto de noticia? Si se tiene en cuenta el principio de *ultima ratio*, es razonable afirmar que el delito sí posee la trascendencia social necesaria para ser objeto de cubrimiento informativo (Moya: 2013). Empero, queda por precisar si todos los delitos deben ser reportados o solo algunos de ellos, lo que se hará a continuación.

b) ¿Debe reportarse el delito? Atracción por el delito vs necesidad informativa

Se ha identificado desde 1945 una tendencia al aumento del porcentaje de noticias relacionadas con el delito (Reiner et al.: 2000), propensión que se mantiene en crecimiento (Roberts et al.: 2003), con una cada vez mayor “sentido emocional de lo que constituye justicia en lugar de uno basado en el sentido del derecho” (Rowbotham: 2013, p 205) y con una intervención en aumento de ciudadanos legos en derecho, *periodismo ciudadano* (Hanusch: 2010). Estos ciudadanos actúan como reporteros mediante el uso de teléfonos celulares para obtener imágenes que se acompañan con comentarios y que luego son subidas a diversas plataformas digitales, sin tener en cuenta aspectos legales de garantía para las personas como, por ejemplo, la presunción de inocencia (Rowbotham: 2013), pues un rasgo de este reportaje es que no existe ninguna otra información distinta a la percepción personal de quien la presenta, no se contrastan fuentes, ni se investiga con el rigor debido. Incluso este periodismo ciudadano no compite con el periodismo profesional pues los medios de comunicación han venido incluyendo en sus contenidos este tipo de reportajes, verbigracia, la sección *El reportero soy yo* de Noticias Caracol.

Además, los medios han incorporado secciones similares a las del *periodismo ciudadano*, por ejemplo el *Patrullero de la noche* de Noticias RCN y el *Ojo de la noche* de Noticias Caracol, que notician choques de tráfico y delitos contra el patrimonio económico y la vida y la integridad personal sin ir más allá de videos del momento del hecho o después de ocurrido, tomados por cámaras de seguridad o celulares de los afectados o de la Policía, con narraciones de lo que se ve en aquellos y en donde se interrogan a los supuestos testigos, que reiteran lo observado. Este nuevo campo abierto de periodismo ha dado cabida a auto-reportajes de supuestas víctimas, pues solo puede hablarse de víctima cuando haya una sentencia en firme en la que se declare la responsabilidad jurídica penal de un individuo (Silva Sánchez: 2008), con los mismos problemas que ya han sido mencionados en relación con el *periodismo ciudadano* y con el evidente problema de parcialidad. Estas tendencias en el reportaje del delito transmiten la idea de que se están cometiendo más delitos y que hay una mayor probabilidad de ser víctima de un crimen de la que realmente existe (Roberts, et al: 2003), lo que es aún más problemático y reprochable en aquellos casos en los que ha habido una disminución o estabilización en el número de crímenes.

Así mismo, los delitos violentos en contra de las personas son noticiados cada vez en mayor cantidad, especialmente homicidios (Chermak: 1998; Reiner et al.: 2000), mucho más si involucran factores que los hagan distintos como consecuencia, por ejemplo, de la condición de la víctima. En tal sentido, la edad de la víctima puede ser uno de esos factores. Empero, tampoco explica por qué un caso tiene mayor connotación social que otro. De ello es paradigmático el caso ocurrido el 30 de agosto de 2014, en el que Joan Sebastián Rugeles, de 7 años de edad, fue asesinado por su madre y cuyo cadáver fue encontrado con señales de violencia después de permanecer desaparecido 24 horas (“Mujer aceptó que asesinó a su hijo”: 2014), pero su caso no generó la amplia cobertura mediática y múltiples protestas sociales en diversas ciudades de Colombia que sí produjo el citado caso de Yuliana Samboní a pesar de tener la misma edad. En la misma línea, en marzo de 2016, el cadáver de un menor de 11 años fue encontrado con signos de tortura (“Hallan

torturado”: 2016) y su homicidio tampoco desató la ola de indignación del caso de Samboní. Sobre la relevancia de este caso da cuenta Cortés (2016):

(...) -Desde el caso de Rosa Elvira Cely, nunca la ciudad y el país en general habían estado tan conmocionados. Era el tema de conversación en la esquina de la carrera 8ª con calle 12 de la fría mañana del pasado miércoles. Era la primera página de todos los periódicos colgados en los quioscos. Era la línea abierta de las estaciones de radio y el maná de las redes sociales, que, como ya es costumbre, dejaron ver sus desmanes y apocamientos.

También tienen mayor cobertura noticiosa los delitos según el arma empleada (cuchillos y armas de fuego) o de la forma en la que se ejecutó (Buckler & Travis: 2005) y en una proporción mayor aun los homicidios en masa (Duwe: 2000), especialmente aquellos casos en los que se trata de un hombre solitario que empieza a disparar contra personas que no conoce, que se prefieren a aquellas situaciones en los que se involucre “el homicidio de familiares y de masacres cometidas en conexión con delitos contra la propiedad” (p. 365). Toda esta clase de delitos reciben mayor campo en las noticias debido a son fáciles de informar en comparación con, verbi gratia, un delito de manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores e intermediarios (Jacoby, et al: 2008). De esta manera, el crimen es presentado en las noticias como “una amenaza presente en todas partes y no como un evento único” (Reiner, et al: 2000, p. 115).

Como ya se había indicado, aunque en relación a todo tipo de hechos y conductas, se han planteado diversos sustentos en la selección de lo significativo desde la perspectiva periodística: parámetros del modelo estándar de periodismo profesional, enfoque marxista de la ideología dominante o enfoque económico. En todo caso, puede afirmarse razonablemente, al menos en relación con la criminalidad, que es el enfoque económico el factor que tiene predominancia. En efecto, los parámetros del modelo estándar de periodismo profesional permiten explicar la cobertura mediática sobre la comisión de delitos debido a la importancia que las conductas criminalizadas tienen en la sociedad, pues ellas generan conflictos sociales graves (Moya: 2010). Empero, este modelo estándar tiene problemas que rompen sus parámetros de selección de lo relevante como noticia y que explican el por qué se da prominencia a reportajes sobre crímenes de la delincuencia tradicional (delitos contra la vida e integridad personal, la libertad, integridad y formación sexuales y el patrimonio económico de menor lesividad) y cometidos por miembros de las clases sin poder social sobre otras formas de delincuencia más dañosas socialmente, pero ejecutadas por las clases sociales poderosas. En consecuencia, en el modelo estándar de periodismo profesional los delitos cometidos por las clases socialmente poderosas no son noticia y cuando lo son generalmente no se hacen más que menciones sucintas a las decisiones tomadas por las autoridades competentes en relación el caso en concreto.

Por su parte, el enfoque marxista de la ideología dominante explica cómo los detentadores del poder buscan restar “importancia a los crímenes cometidos por los ricos y poderosos y delitos cometidos por las corporaciones” (Buckler & Travis: 2005, p. 2) y centrar el interés social en los delitos cometidos por las personas de las clases menos favorecidas. De tal suerte, esta teoría sí permite explicar por qué el delito es objeto de cubrimiento informativo, eso sí, solo la delincuencia tradicional, pero no por qué hay demanda de noticias sobre la comisión de ellos. Entonces, se colige que sí existe interés social en conocer sobre noticias de delincuencia tradicional porque o si no los medios de comunicación no las publicarían, so pena de no vender ejemplares y ver disminuidos sus ingresos por ventas y publicidad. Ya habíamos mencionado que perspectivas de interpretación del proceso de selección noticioso apuntan a que las noticias sobre delitos son abundantes y se prefieren sobre otras debido a que contribuyen decisivamente en la venta de ejemplares (*Ibidem*) y, además, al acrecentarse la audiencia, las tarifas por publicidad también aumentan. En tal sentido, los medios notician de manera profusa sobre el crimen por motivos económicos como respuesta a una demanda social al respecto (Moya Vargas: 2008). De tal suerte, el interrogante es qué causa esa demanda

social por información sobre la delincuencia: ¿es el resultado de la necesidad de informarse sobre la ocurrencia de cierta situación social, en este caso el delito, para poder interactuar en un ámbito social específico? ¿Es la necesidad de estar informado para evitar ser victimizado? ¿O es la respuesta a una atracción por el delito?

La necesidad de actuar en un contexto social determinado se justifica en que se requeriría cierta información para poder interactuar con otros agentes sociales. En tal sentido, aunque sin hacer referencia específica al delito, Luhmann (2007) señala que:

(...) aquel que recibe la información se ve a sí mismo y a otros receptores de información y aprende poco a poco a tomar nota de manera altamente selectiva de aquello que es necesario para actuar en el contexto social respectivo –sea la política, la escuela, grupos de amigos, movimientos sociales (p. 873).

Empero, ello solo puede explicar parcialmente la demanda colectiva de noticias por el delito debido a que hay campos sociales para interactuar que no tienen ninguna relación con la criminalidad y ellos también son noticiados por los medios: política en aspectos distintos al delito, economía, deportes, música, salud, entretenimiento, etcétera. Si bien el delito puede ser uno de los temas a tratar en un contexto de interacción social no es el único y no es indispensable para la vida social para muchas personas, porque ni siquiera un profesor de Derecho penal, un abogado penalista, fiscal o juez penal estaría sometido a hablar exclusivamente sobre la criminalidad.

La necesidad de estar informado para evitar ser victimizado sostiene que los ciudadanos al estar al tanto sobre los modos, lugares y tiempos de comisión de crímenes pueden evitar ser victimizados. Sin embargo, esto solo puede explicar parcialmente la demanda social por información sobre el delito, pues se reporta de manera predominante sobre la delincuencia tradicional y los crímenes de otra naturaleza reciben poca o ninguna cobertura y, en todo caso, estas noticias apuntan más a explorar económicamente el delito ya que no brindan las herramientas para evitar ser victimizado sino solo en delitos contra el patrimonio económico, porque en lo que concierne a los delitos en contra de la vida e integridad personal y la libertad, integridad y formación sexuales ello no sería así salvo que se tratara de una persona o grupo de personas que se dedicaran a cometer delitos de tal clase de manera continua en un mismo sector o bajo una misma forma de ejecución.

Por lo tanto, si ni las necesidades de actuar en un contexto social determinado o de estar informado para evitar ser victimizado pueden proporcionar un fundamento suficiente del por qué la demanda de noticias sobre delincuencia queda entonces como interrogante en dónde entonces puede encontrarse. Así, consideramos que se encuentra en la atracción social por el delito, que sí justifica el abundante cubrimiento informativo que recibe la criminalidad, eso sí limitada a las conductas punibles cometidas por los miembros de las clases sociales no poderosas, es decir, la delincuencia tradicional.

Aunque no podemos ocuparnos acá sobre qué causa la existencia de una seducción colectiva por las historias, ficticias y reales, sobre la comisión de delitos, especialmente de aquellos que involucran la ejecución de crímenes violentos, sí debemos mencionar que la cuestión, por su importancia, por sí sola justifica una investigación sociológica y está lejos de ser un asunto dilucidado. Empero, valga mencionar que, como pone de presente Surette (2011), la historia muestra que las actividades criminales han sido objeto de información (utilizamos el vocablo información como sustantivo del verbo informar, que significa enterar o dar noticia de algo, el simple dar a conocer, y no como la actividad profesional del periodista) desde hace tiempo: al principio, cuando el medio sonoro predominaba, existían formas orales de transmisión de la información como cuentos y canciones.

En la antigüedad, hasta antes del año 1200 d.C., a través del “teatro, cuentos populares y mitos” se transmitían de generación en generación narraciones sobre la delincuencia, con “contenido limitado y

distribución a audiencias locales", lo que significaba que los "efectos no eran extensos" y de lo que un "ejemplo contemporáneo son las leyendas urbanas" (*Ibid.*: p. 7). Desde el año 1200 hasta el 1500 d.C., el lugar lo tomaron las baladas, "canciones populares que promovían al criminal como una celebridad y ayudaron al desarrollo de la atención de la cultura pop en la criminalidad" y del cual el "hip hop es un ejemplo actual" (*Ibidem*). Cuando el predominio lo tomó el medio impreso, entre los años 1400 y 1700 d.C., fueron los volantes (*pamphlets*) y diarios de tamaño grande, conocidos como sábana (*broadsheets*), los que se ocuparon de informar sobre los delitos y, de hecho, son "las raíces históricas de la actual programación de información y entretenimiento del delito y la justicia" (*Ibidem*). Su alcance "es más amplio, aunque limitado a pequeñas audiencias" (*Ibidem*). La prensa del penique (ejemplar, que costaba un penique y que era vendido en la calle por niños, en oposición a los tradicionales periódicos de la época que se adquirían por suscripción, que tenían un costo de 8 a 10 dólares al año, y solo podían ser comprados por quienes no tuvieran la suscripción en la oficina del periódico, a un costo de 6 centavos por ejemplar, en una época en la que el salario promedio diario para el trabajo era de 85 centavos (Schudson: 1978), alrededor de la década de 1830, permitió que "las noticias sobre el delito alcanzaran mercados más grandes y que se convirtieran en la característica central de las noticias" en los medios de comercialización masiva (Surette: 2011, p. 7), en lo que también jugó un papel importante la ya mencionada obra sobre detectives de Edgar Allan Poe y Sir Arthur Conan Doyle y la aparición en el siglo XIX de múltiples publicaciones dedicadas a informar sobre delitos (Cheatwood: 2010). La fascinación social que los delitos empezaron a generar se puede apreciar, verbigracia, en los 5 homicidios cometidos en Londres en el otoño de 1888 y cuya comisión se atribuyó a "Jack el destripador", homicidios que gozaron de amplia cobertura mediática y que aún hoy siguen siendo representados y son expuestos como parte de las atracciones turísticas de Londres (Warwick: 2006).

Luego aparecieron las novelas de diez centavos (*dime novels*) que tuvieron sus orígenes en la década de 1860 y en las que "las novelas de detectives y crímenes apuntaron a audiencias variopintas" y en las que "el beneficio en medios de entretenimiento sobre el crimen es reconocido y explotado por primera vez" (*Ibidem*). Desde la década de 1890, surge el amarillismo (*yellow journalism*), en el que "los medios de comunicación hicieron un cambio significativo para convertirse en medios masivos de información y entretenimiento", que se caracterizaban porque se fomentaba "la dramatización de los delitos y los delinquentes en formatos de información y entretenimiento" (Surette: 2011, p. 7), amarillismo que se mantiene hoy en día.

En el siglo 20, antes de que la televisión asumiera el papel principal como medio de comunicación, en la radio se presentaban novelas sobre detectives y delitos, que tenían buena audiencia y eran baratos de producir, lo cual era ideal en una perspectiva económica de un negocio como una cadena radial (Cheatwood: 2010). Las películas también tuvieron un papel importante porque fueron el primer medio visual en el siglo 20 que reprodujo la criminalidad desde la ficción, lo que generó preocupación social por la "glorificación del crimen y de los delinquentes y los efectos de imitación de las películas" y llevó a "investigaciones de los efectos de los medios de comunicación y a esfuerzos de censura por parte del Gobierno" (Surette: 2011, p. 8). Por su parte, los cómics, en la década del 30, "llenaron un campo de definición de la realidad para el crimen y la justicia", eran leídos por "adultos y niños" y sus "contenidos violentos y gráficos generaron cruzadas públicas" en su contra como "corruptores de la juventud" (*Ibidem*), "lo que demuestra la estructura del argumento que subsecuentemente atacaría a otros medios como la música pop y los videojuegos" (*Ibidem*).

Para América Latina y, en particular, Colombia, Silva García (2011b) describió y analizó los procesos de construcción social de la realidad criminal y del imaginario sobre los criminales, desde el siglo XIX hasta las primeras décadas del XX, identificando en el discurso de los medios de comunicación uno de los cuatro puntales que sirvieron para edificar ese proceso. Desde luego, más allá del propósito de los medios de vender ejemplares o de la sed de morbo de la población, comparecen los intereses de las élites que explotan las dos variables anteriores, para imponer su visión sobre el crimen y utilizarla políticamente.

Después, el lugar como medio de comunicación principal lo tomó la televisión y en ella “la programación sobre el crimen se convirtió en una porción mayor del contenido total” (Surette: 2011, p. 8), lo que se reforzó con la llegada de la televisión por cable, que permitió generar espacios aún más definidos en relación con ciertos temas como la cocina, el deporte y, por supuesto, el delito (*Ibidem*). El surgimiento de las videograbadoras aumentó la facilidad de acceder a los contenidos en cualquier momento y sin versiones editadas por la censura (*Ibidem*). A su vez, los avances permitieron el desarrollo de los videojuegos sobre los que es necesario destacar que con el tiempo se desarrollaron hasta el punto en el que “los consumidores comenzaron el proceso de convertirse en autores colaboradores de contenido” al decidir, por ejemplo, si asumir “el papel de criminal o de luchador contra el crimen y determinar el resultado final de la historia” (*Ibidem*). Todo esto al margen de que muchos videojuegos han sido objeto de críticas por su extrema violencia, pues presentan situaciones en las que el homicidio y toda clase de comportamientos delictivos violentos son una constante durante el desarrollo del juego, verbi gratia, *Doom*, *Dying light*, *Grand Theft Auto*, toda la serie de *Call of duty* y el antiguo juego *Chiller*, en el que la tortura de personas con instrumentos medievales era parte de su contenido.

Sobre la actualidad, baste mencionar la popularidad de series de televisión relacionadas directamente con delitos sexuales y de homicidio como el programa *Ley y Orden* (*Law & Order*), que duró 20 años al aire y que ha generado diversos productos derivados como, verbi gratia, *Ley y el Orden: Unidad de víctimas especiales* (*Law & Order: Special Victims Unit*), que lleva ya 18 temporadas. También fue muy popular la serie sobre el delito denominada “Investigación de la escena del delito” (*Crime Scene Investigation* o más comúnmente conocida como *CSI*), que duró 15 temporadas al aire y de la que se derivaron las series *CSI Miami* y *CSI New York*. Así mismo, deben mencionarse los programas de telerrealidad como *COPS*, que lleva 29 temporadas al aire y se encarga de mostrar a agentes de policía en el cumplimiento de sus labores de patrullaje frente a la criminalidad e, incluso, muestran operaciones en encubierta. Además, existen canales de televisión que se dedican por completo a programas sobre investigaciones criminales, con énfasis en las de homicidios, como es el caso de *Investigation Discovery*. Por último, en lo que concierne al cine los ejemplos son múltiples, con películas en las que, verbi gratia, los protagonistas son homicidas seriales como son los casos de *Saw*, *Scream*, *The Texas Chain Saw Massacre*, *Halloween* y *Friday the 13th*, todas ellas con múltiples secuelas.

De tiempo atrás, la actividad judicial se ha mediatizado, lo que proviene de una conjugación de los intereses de los medios de comunicación de índole económica, combinados con el afán de protagonismo mediáticos de jueces y fiscales que tienen aspiraciones políticas futuras, pero esa mezcla de intereses es posible y obra con eficacia, en razón a que sirve a las políticas de control social penal impulsadas por las élites, ya que hacen eco a sus visiones sobre el delito, lo que supuestamente es grave o acerca de lo que deben hacer los aparatos de control penal (Silva García: 2001b).

Ahora, con los dispositivos digitales y la Internet que permiten una conectividad permanente, la actualidad nos muestra un mundo que se vive a través de la información a la que se accede a través de tales dispositivos (Surette: 2011), lo que ha dado lugar al surgimiento de una “era de una política de crimen y justicia de paso rápido impulsada por los medios de comunicación” (*Ibidem*), que se caracteriza por el exceso informativo sobre la comisión de delitos, que produce la satanización del delincuente y la idealización de la víctima, lo que tiene como consecuencia la instrumentalización del Derecho penal, bajo el fenómeno social nominado como *punitividad* (Velandia Montes: 2015a), cuestión de la que nos ocuparemos adelante.

Por otra parte, y en respuesta al interrogante de por qué las representaciones en series televisivas, películas, novelas y, en general, en todo tipo de relatos sobre el delito generan interés colectivo, también se ha afirmado que se justifica en la estructura narrativa de este tipo de acontecimientos, que comienza con una situación de equilibrio o paz social que es alterada por la comisión de un delito, equilibrio que es restaurado por un héroe que le hace frente al villano delincuente (Cavender: 2004). Esta justificación puede funcionar para la narración ficticia, pero no puede explicar el porqué del gusto social en relación con los delitos reales,

en donde en muchas ocasiones no hay justicia y el villano, representado en el delincuente, no es ni siquiera descubierto y no puede decirse que se haya restaurado el equilibrio social alterado por la comisión del crimen.

Otra evidencia de la fascinación social que despierta la criminalidad violenta, en este caso los asesinos en serie, se encuentra, *verbi gratia*, en la página web <http://supernaught.com> en la que se ofrecen recuerdos variados, a modo de *souvenir*, de asesinos en serie, entre los que están, por ejemplo, elementos hechos por los asesinos en la cárcel, como 10 cartas escritas por Ted Bundy, asesino en serie a quien se le imputaron judicialmente 50 homicidios, pero se piensa que la cifra de víctimas puede ser incluso mayor (Bundy Toll May Be 50: 1989), junto con una foto y un memorando enviado por la policía dentro de unos de los procesos penales en su contra, objetos por los que se piden 18.000 dólares estadounidenses, o una tarjeta de felicitación firmada por Jeffrey Dahmer, asesino en serie a quien se le imputaron judicialmente el homicidio y desmembramiento de 15 hombres y jóvenes (Johnson: 1992) y conocido como el Carnicero de Milwaukee, que se vende en 5.500 dólares estadounidenses.

Desde otro ángulo de análisis, que igualmente destaca el gran atractivo del delito, se ha resaltado la gran importancia que tienen las autobiografías de delincuentes, no solo como una técnica cualitativa de aproximación al cálculo de la cifra negra de la criminalidad, sino también como una expresión literaria de muy amplia demanda por el público (Restrepo Fontalvo: 2014).

Como se ve, desde hace tiempo el delito ha cautivado a la gente y precisar qué hace que los miembros de la sociedad deseen conocer sobre la ejecución de tales conductas criminales y no de otras excede los propósitos de este escrito, pero constituye un campo de investigación de mucho interés para la Criminología. Entonces, no es novedoso que las noticias sobre cierta clase de delincuencia sean ampliamente cubiertas como reconocimiento a esa especial preferencia social y con el objetivo de vender más ejemplares y aumentar las tarifas por publicidad. Sin embargo, al darle prevalencia a las noticias de comisión de delitos y más a aquellos que involucran violencia física, los medios contribuyen a distorsionar la realidad sobre las cifras delincuenciales en un espacio y tiempo determinados y puede fácilmente llevar a que se asuman actitudes ciudadanas punitivas en relación con un cierto tipo de criminalidad y de delincuente, aspecto del que nos ocuparemos a continuación.

3. EXCESO EN LOS MEDIOS: ACTITUDES CIUDADANAS PUNITIVAS Y PUNITIVIDAD

Examinado el porqué de la existencia de la atracción social por cierta clase de delito, lo que explica su amplio cubrimiento informativo, debemos indagar sobre las consecuencias del exceso noticioso, de manera específica en la política penal colombiana (Bernal Castro: 2013). Así, lo primero que debe advertirse es que tal exceso contribuye al surgimiento de actitudes ciudadanas punitivas, que son:

(...) un acervo diverso y modificable de opiniones sobre un conflicto social y la forma de enfrentarlo. Hablaremos de actitudes ciudadanas punitivas cuando se esté en presencia de una tendencia identificable al considerar al ámbito jurídico, específicamente al derecho penal, como instrumento idóneo de solución de conflictos sociales (Velandia Montes: 2015a, p.101).

De tal tipo de actitudes ciudadanas punitivas es paradigmático el ya citado caso de Rosa Elvira Cely, que recibió un amplio y notorio cubrimiento informativo y sobre el que se reportaba:

A media mañana de este domingo, los alrededores de la tarima del Parque Nacional (...) fue esta vez el escenario para que cientos de hombres y mujeres mostraran tristeza, indignación e impotencia por los niveles de violencia que se registran en el país, y especialmente contra el género femenino (...) había muchas personas que exhibían camisetas con consignas de rechazo a la violencia contra la mujer, y algunas de las pancartas tenían mensajes así: ¡Ni una más!, 'No a las rebajas de pena', 'Cadena perpetua para los

desgraciados', 'Por la dignidad y el derecho a la vida, ni una Rosa más', '92.000 mujeres violadas en los últimos 8 años merecen que se haga justicia', 'No hay excusas para agredir a una mujer' (Racines: 2012).

En sentido similar, el bastamente informado crimen en contra de Yuliana Samboní: "Los asistentes al plantón manifestaron su tristeza ante este atroz hecho e hicieron consignas a favor de la cadena perpetua para el responsable" (Comunidad en Popayán: 2016).

Debe observarse que estos dos delitos generaron sendas actitudes ciudadanas punitivas, sin que pueda darse una razón del por qué se ocasionaron a pesar de que no fueron los primeros crímenes de su clase en Colombia ni los únicos cometidos en esos años, pues, verbi gratia, también en el año 2016 se victimizó al niño Joan Sebastián Rugeles pero no se desató la ola de protestas sociales que sí produjo el de Yuliana Samboní. Igualmente, el caso de Rosa Elvira Cely generó una fuerte protesta social en Colombia e, incluso, llevó a la expedición de una ley con su nombre que estableció el tipo penal de feminicidio (Ley 1761 de 2015), mientras que, en noviembre de 2016, en Buga, Dora Lilia Gálvez fue violada, quemada, acribillada, empalada, obligada a comer heces fecales ("Mujer fue violada": 2016) y días después falleció, pero este crimen no produjo el rechazo social que sí ocasionó el de Cely. Por razones de espacio no podemos ahondar en el por qué un delito sí crea una actitud ciudadana punitiva y otro no, por qué un caso se vuelve centro de atención social mientras que otros similares pasan inadvertidos (Velandia Montes: 2015a), porque la motivación emocional de tales actitudes impide fijar parámetros objetivos sobre el particular y se requiere, en consecuencia, investigación sociológica sobre los casos en particular para encontrar respuestas al respecto (*Ibid.*: p. 87), pero lo que los ejemplos de Cely y Sambony ponen de presente es cómo el cubrimiento informativo excesivo puede influir en el surgimiento de actitudes ciudadanas punitivas.

Adicional a la producción de actitudes ciudadanas punitivas, otro efecto del amplio cubrimiento informativo es la punitividad, que se define como:

(...) un fenómeno social en el que un agente social busca satisfacer sus intereses particulares a través de la instrumentalización del derecho penal aprovechándose de la consideración social que esta área del derecho tiene como herramienta principal y efectiva de solución de conflictos sociales que son causantes de preocupación colectiva. La instrumentalización del derecho penal se realiza mediante una propuesta de reforma normativa en dicho ámbito jurídico que se expone como idónea para hacer frente a un conflicto social determinado sobre el que existe alarma social como consecuencia de un cubrimiento informativo exagerado y permanente sobre su ocurrencia y de una identificación de los individuos como sus potenciales víctimas (*Ibid.*: p. 103).

Así, la punitividad tiene diversas clases, que dependen del agente social que busque el uso irracional del Derecho penal. En primer lugar, está la *punitividad emocional*, que se da cuando el actuar del agente social: (...) está determinado sobre todo por aspectos emocionales, deseos de venganza prioritariamente, sentimientos de dolor, tanto de la víctima del delito como de personas cercanas a ella, por lo general familiares, aunque el hecho de que se actúe incitado por aspectos emocionales no es obstáculo para que se busque también obtener provechos personales (*Ibid.*: p.132).

En segundo lugar, tenemos a la *punitividad emocional asociativa* que se presenta en "casos de asociaciones sociales, en donde agrupaciones de personas promueven reformas a la legislación penal de acuerdo a los asuntos que les atañan" (*Ibid.*: p.133).

Una tercera clase, *punitividad simbólica de gestión*, se da cuando:

(...) la propuesta de reforma legal proviene de personas que desempeñan un cargo público no elegido popularmente, pero que tienen dentro de su ámbito de competencias el proponer reformas

legislativas” con “propósito de demostrar idoneidad y capacidad de gestión en el cargo y no al de dar solución al conflicto social (*Ibid.*: pp. 133-134).

En cuarto lugar, está la *punitividad económica*, que se caracteriza porque “las propuestas vienen de agentes comerciales que buscan la ampliación del derecho penal con el fin de proteger sus intereses económicos” (*Ibid.*: pp. 135-136).

Por último, tenemos a la *punitividad electoral*, en la que:

(...) los políticos buscan demostrar aptitud para ejercer un cargo con el fin último de obtener prestigio electoral y votos mediante la instrumentalización del derecho penal aprovechándose de la consideración social que esta área del derecho tiene como herramienta principal y efectiva de solución de conflictos sociales que son causantes de preocupación colectiva” (*Ibid.*: p.165).

Es decir, los políticos distorsionan la realidad del delito y la explotan políticamente (González Monguí, 2013). En su conjunto estos elementos terminan por ir en contravía del garantismo jurídico, de manera que los principios constitucionales y los tratados internacionales son desplazados por las lógicas de punitividad (Carvajal Martínez: 2011).

De tal suerte, y como ejemplo de lo que ocurre en un caso que recibe un excesivo cubrimiento informativo, en el reseñado caso de Yuliana Samboní hubo manifestaciones de *punitividad simbólica de gestión*:

(...) La directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Cristina Plazas, afirmó: “Para que Colombia sea un país verdaderamente en paz (...) necesitamos que se garanticen los derechos de los niños y que no haya ninguna forma de violencia con niños (...) insistimos en la cadena perpetua para los asesinos y violadores de niños”, agregó la funcionaria y advirtió que la violencia sexual es una problemática presente en todos los estratos de la sociedad. “No sólo en los estratos bajos, como se suele decir. También en los estratos altos, donde se suele ocultar” (ICBF pide cadena perpetua: 2016). “Colombia entera pide a gritos la cadena perpetua para estos violadores de niños, no creo que hay un colombiano y vecino que quiera a un violador de niños en la casa de al lado porque pone en riesgo la vida de otros niños (...) le hacemos un llamado a la sociedad y al Congreso para que se abra este debate nuevamente” (Rafael Uribe podría recibir rebaja de pena: 2016).

Así mismo, hubo casos de *punitividad electoral*:

(...) Mauricio Lizcano, presidente del Senado, “se mostró partidario de imponer la prisión perpetua como castigo, y aseguró que el Congreso ‘está listo’ para imponerles esa máxima pena a violadores y asesinos de niños. ‘Colombia no quiere más niños muertos, es una tragedia enorme. La única solución es la prisión perpetua, estamos en mora de hacerlo’, reconoció” (Prisión perpetua a violadores de niños: 2016). De hecho, este senador, junto con otros, presentó un proyecto de acto legislativo, nominado como “Ley Yuliana Samboní, cadena perpetua” (Proyecto de Acto Legislativo 17 de 2017 Senado, 2017), que buscaba reformar el párrafo 1° del artículo 34 de la Constitución política para que quedara redactado de la siguiente manera:

-Se prohíben las penas de destierro, confiscación y prisión perpetua. La prisión perpetua sólo será admisible como pena cuando la víctima de los delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro, explotación sexual o feminicidio, sea un menor de 14 años o menor de 18 años con discapacidad (Proyecto de Acto Legislativo 17 de 2017 Senado: 2017).

- Congresistas de ‘la U’ radicarón 4 proyectos, dos de ellos de acto legislativo, para endurecer los castigos a los abusadores de menores. Dos iniciativas proponen la cadena perpetua; otra, la

castración química, y la última busca reducir los tiempos en los procesos penales que involucren delitos sexuales contra niños (La guardia ciudadana no se rinde: 2016).

En este caso es tan evidente que se trata de una manifestación de punitividad electoral que hasta los medios de comunicación lo advierten:

(...) Hasta el lunes, no había un solo proyecto de ley en trámite en el Congreso para castigar a violadores y asesinos de niños. Pero la conmoción que causó el crimen de la Yuliana Andrea Sambini, de 7 años, pareció sacudir a los congresistas del Partido de la U que este martes casi colapsan las secretarías de Senado y Cámara radicando iniciativas en ese sentido. A falta de una ley cuatro fueron los proyectos radicados, dos que pretenden implementar la castración química como tratamiento terapéutico a violadores, y la polémica prisión perpetua. Lo curioso es que lo presentaron a una semana de acabar el periodo legislativo, y uno de ellos es reforma constitucional. Aunque el presidente del Senado, Mauricio Lizcano, dice que se tramitarán a la mayor brevedad, la reforma constitucional para implementar la prisión perpetua está hundida, y tendrá que volver a ser presentada después del 16 de marzo. ¿Saludo a la galería? (¿Populismo legislativo en el caso de Yuliana?: 2016).

En sentido similar -El alcalde de Bogotá, Enrique Peñalosa señaló:

Estas atrocidades deben ser castigadas con cadena perpetua. Si esto fuera así, no habría criminales sueltos. No hay ninguna justificación para estos actos demenciales; y si se atribuye a estas atrocidades algún desequilibrio mental, con mayor razón nuestros niños deben estar protegidos (La guardia ciudadana no se rinde: 2016).

En la misma línea, la excandidata presidencial Marta Lucía Ramírez sostuvo: “estoy acá como mamá para expresarle solidaridad a esta familia, pero también para pedirles a los colombianos que impulsemos el proyecto de Gilma Jiménez: los violadores en Colombia no merecen nada más ni nada menos que prisión perpetua” (La guardia ciudadana no se rinde: 2016). Así mismo, el representante a la Cámara por el departamento del Cauca Oscar Ospina Quintero manifestó: “es un tema muy doloroso, no solamente porque es una niña, sino por las condiciones en las que este bárbaro la violó y asesinó”. Además, señaló una propuesta que le hizo al Gobernador del Cauca:

(...) Liderar una cruzada entre todos los dirigentes para exigir a la Fiscalía y al Bienestar Familiar que sea realmente ejemplar la condena. Hoy voy a dejar constancia en la plenaria de la Cámara en ese sentido, para que movamos rápidamente un proyecto para pedir la cadena perpetua para estos criminales y la castración química si es necesario (Dolor e indignación: 2016).

Finalmente, el representante a la Cámara, Efraín Torres Monsalvo aseveró:

(...) la única solución es que se apruebe la cadena perpetua para violadores de niños y niñas en Colombia. ‘Estas personas depravadas, sádicos y violadores, deben terminar el resto de sus días en la cárcel, necesitan estar apartados de la sociedad (...) Si en junio del próximo año no aprobamos este proyecto, nos tocará salir a las calles a recoger firmas para que, a través de referendo, podamos decirle al Congreso de la República que necesitamos tener una ley para poder implementar esta medida (Rafael Uribe podría recibir rebaja de pena: 2016).

No examinaremos los argumentos expuestos como sustento de las propuestas del establecimiento de la cadena perpetua para este tipo de casos, no solo por motivos de espacio sino también porque ya habíamos

llevado a cabo un análisis en relación con la Ley 1327 de 2009 de Colombia (Velandia Montes: 2015b) y en él advertimos que esta ley había sido declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-397 de 2010 (aunque la declaratoria de inconstitucionalidad fue solo por vicios durante el trámite del proyecto de ley ante el Congreso de la República), pero que, a pesar que su principal promotora, Gilma Jiménez Gómez, había fallecido, ello no era obstáculo para que otro político se apropiara de su discurso (*Ibidem*), que en todo caso no era original sino una repetición de argumentos ya expuestos en otros ámbitos espaciales y territoriales, lo cual ha hecho su hija Yohanna Salamanca Jiménez, pues, luego de ocurrido el caso de Samboní, ha iniciado la recolección de firmas para un referendo de igual contenido al presentado por su madre y que cuenta con el respaldo de los padres de Samboní y de otros padres de niños asesinados (Los papás de Yuliana: 2017), lo que nos muestra una mezcla entre punitividad emocional y electoral. Así mismo, debe destacarse cómo en este caso se ha utilizado la forma de argumentación nominada como el *todo o nada*:

(...) que consiste en el planteamiento de una propuesta frente a un conflicto social que limita, de manera engañosa, sus posibilidades de solución o mejora a una medida o herramienta, que se sabe de antemano que es ineficaz, presentándola como la única capaz de lograrlo, satanizando a quienes no la apoyen, porque parten del supuesto que estarían aprobando o respaldando la comisión de la conducta generadora del conflicto social, y descartando irracionalmente a cualquier otra propuesta de solución (Velandia Montes: 2015a, pp. 338-339).

En tal sentido, Yohana Salamanca Jiménez sostuvo:

Lo más importante es decirle a la sociedad que debemos convertir a los niños en lo más privilegiado. Si nosotros vamos a seguir oponiéndonos a la prisión perpetua, dejaríamos de enviar el mensaje de que quien se meta con lo más importante, que son nuestros niños, puede recibir esa condena. El 95% de la violencia infantil sucede en casa y a manos de familiares. Aprobar esta iniciativa es entender que los niños ya no son de papito y mamita o de puertas hacia adentro, sino que son asunto de toda la sociedad (...) Yo creo que los colombianos están preparados. Por suerte para los niños los opositores son unos pocos abogados penalistas que dicen que estos hampones tienen derecho a la resocialización. Dicen que la condena máxima de 60 años es suficiente, pero no le sigamos diciendo mentiras a los colombianos. 60 años existen, pero no se aplican. No hay un solo violador o asesino de niños condenado a 60 años de prisión en la historia de Colombia (Méndez: 2017).

Sobre el particular vale la pena anotar dos casos en los que se cometieron homicidios en contra de menores de edad. El primero de ellos es de Raúl Muñoz Linares, que violó a "Yenny, una niña campesina de 14 años, a la cual además asesinó a golpes de machete, así como a sus dos hermanos, Jimmi y Jefferson, de 9 y 6 años" y fue condenado a 60 años de prisión (¿Cómo llegó Raúl Muñoz a ser subteniente?: 2012). Así mismo, el caso de Hernando Hernández Patiño, condenado a 60 años "por el homicidio de su esposa, sus dos hijos y una sobrina" (60 años de prisión por asesinar a su familia 2016). En esta línea, lo que estos casos ponen de presente es que en casos que involucran delitos de homicidio y/o acceso carnal violento en contra de menores de edad sí se han proferido sentencias con penas de 60 años. En todo caso, el argumento de Yohanna Salamanca Jiménez es engañoso debido a que el máximo de pena imponible por la realización de una sola conducta es de 50 años, de acuerdo al artículo 37 de la Ley 599 de 2000 (el límite era de 40 años antes de ser reformado por el artículo 2° de la Ley 890 de 2004). Solo en los casos de concurso es posible imponer una pena de hasta 60 años (artículos 31, párrafo 2°, y 37, numeral 1°, de la Ley 599 de 2000).

Como se evidencia, Salamanca Jiménez ha usado la forma de argumentación del *todo o nada* limitando la política pública en materia de conductas delictivas de naturaleza sexual y violenta en contra de menores

de edad al aumento de las penas para dichos comportamientos bajo la idea sin sentido de que la cadena perpetua es la única medida para hacer frente a este tipo de actuaciones. A esta forma de argumentación también recurrió la senadora Claudia López:

(...) Gilma encontró un vacío legal en la defensa de nuestros niños y tuvo un argumento muy concreto: si una sociedad no está dispuesta a imponer la máxima sanción a quien violenta a sus niños, que son su mayor tesoro, ¿entonces sobre quién está dispuesta a hacerlo? Su causa, que ahora siguen sus hijas, es algo que siempre he compartido y he defendido, pero desde otros ángulos porque nunca me he querido apropiarme de ella" (Méndez: 2017).

Sobre el particular, nos remitimos al estudio de la Ley 1327 de 2009 (Velandia Montes: 2015b) y a sus críticas especialmente en relación con los argumentos de disuasión de potenciales delincuentes (prevención general negativa) e incorregibilidad de los criminales en esta clase de delitos (Velandia 2003; 2015b), que son predominantes en este tipo de innecesarias e injustificadas reivindicaciones maximalistas del derecho penal.

En todo caso, también debe destacarse la existencia de propuestas de reforma normativa de maximización del Derecho penal que invocan el caso Sambony para criminalizar de manera similar al feminicidio los homicidios cometidos en contra de menores de 14 años, bajo la nominación de infanticidio (al margen de que así se conoce a la conducta criminalizada en el artículo 108 de la Ley 599 de 2000), y con sustento en la desigualdad en la pena en el evento de que la conducta cometida en contra de Sambony se hubiera ejecutado en contra de un menor del sexo masculino, tal y como ocurre con el Proyecto de Ley 043 de 2017 Cámara, en el que se afirmaba:

(...) En diciembre de 2016 una escalofriante noticia sacudió al país entero, el secuestro, tortura, violación y asesinato de una menor de tan solo siete años de edad a manos de un adinerado arquitecto en la ciudad de Bogotá, la respuesta a este crimen atroz por parte de las autoridades, Policía Nacional y Fiscalía fue tan oportuna que lograron la captura y aseguramiento del asesino, y luego de no más de seis meses, el confeso violador y asesino ya estaba condenado con la mayor pena por imponer según la circunstancia, 50 años y 10 meses de prisión, condenado con una pena de tal magnitud gracias a ley de feminicidio promulgada un año antes. Sin embargo, a pesar de la eficacia en la resolución del caso, aún queda una enorme preocupación en la mente de los colombianos, más aún cuando el panorama no luce nada alentador, se pregunta la comunidad ¿Cuál habría sido el tratamiento dado al caso si la víctima hubiera sido un menor de género masculino? ¿Habría recibido el asesino la misma condena?, la objetiva respuesta va en contravía de la sed de justicia que tiene el país, pues tratándose de un niño, la pena impuesta habría sido menor, debido a que el feminicidio como su nombre lo indica castiga el asesinato de mujeres por el hecho de serlo, en razón a su género, resultando entonces que la muerte de un niño se castiga bajo el rasero del delito de homicidio con las respectivas agravantes, pena que oscilaría entre los 33 a 50 años de prisión, siendo que para el caso del feminicidio agravado el mínimo en la pena es de aproximadamente 42 años, es decir casi 9 años mayor con respecto al homicidio agravado delito por el cual se hubiera castigado al asesino siendo el caso de un menor de sexo masculino (Proyecto de Ley 043 de 2017 Cámara: 2017).

En la misma línea, debe mencionarse el referido caso de Rosa Elvira Cely, que llevó a la expedición de la Ley 1761 de 2015 mediante la cual se tipificó en Colombia el feminicidio. Esta ley se profirió con argumentos insostenibles como: 1) la supuesta necesidad de la criminalización del feminicidio para contribuir a "desarticular los imaginarios, creencias y prácticas sociales' que hacen de la violencia del hombre contra la mujer 'algo natural y tolerable'" (Velandia Montes: 2017, pp. 33-34), como si el Derecho penal tuviera más

capacidad en dicho propósito que, verbigracia, la educación y campañas de sensibilización sobre el particular; 2) la aparente existencia de una situación de aumento de la violencia en contra de las mujeres, a pesar de que un análisis de las cifras de los 14 años previos a la presentación del proyecto de ley correspondiente mostró que “la situación de violencia letal y no letal en contra de la mujer, dentro de unos contextos de género y familiar, no estaba en una situación de descontrol o de aumento” y que si bien las cifras habían estado en un proceso oscilatorio de incremento y disminución no habían aumentado de manera dramática como para legitimar la intervención del Derecho penal (*Ibidem*); y 3) la existencia de una situación de impunidad en relación con tal conducta debido a la incapacidad del sistema penal colombiano para juzgar a los responsables de tal acción, pero sin que se hubiera explicado “cómo, mediante la criminalización autónoma de esta conducta, se solucionaría tal cuestión” (*Ibid.*: p. 50) y pasando por alto que si existe tal situación de impunidad “no es una cuestión que justifique un cambio normativo, sino que se trata de un problema operativo del sistema penal y así debe ser enfrentado” (*Ibidem*).

Finalmente, también debe ser citada la Ley 1773 de 2016, que creó el artículo 116A de la Ley 599 de 2000 y criminalizó de manera autónoma el delito de lesiones personales mediante el uso de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas. Esta ley fue fruto del “ataque con ácido que tuvo lugar el 24 de marzo de 2014 y del que fue víctima Natalia Ponce de León por parte de Jonathan Vega, agresión que le provocó quemaduras de tercer grado en su rostro y cuerpo” (*Ibid.*: p. 58), caso que gozó de un amplio cubrimiento noticioso “tanto así que el Gobierno Nacional ofreció \$75.000.000 por información sobre el responsable, lo que no había hecho en todos los casos de ataques con ácido” (*Ibid.*: p. 58). La atención social dada a este caso se evidencia con mayor fuerza si se tiene en cuenta que, por ejemplo, el 1° de octubre de 2017, más de 3 años después de este ataque, se ofrecieron \$50.000.000 por información sobre los responsables de una “emboscada en zona rural de Miranda, Cauca, donde fueron asesinados tres uniformados que se movilizaban en una patrulla” (Ofrecen \$50 millones de recompensa: 2017).

Por otra parte, esta reforma se sustentó en argumentos indefendibles como: 1) el incremento significativo de agresiones con tal tipo de mecanismo causal a pesar de que las cifras de los 15 años previos a la presentación del proyecto de ley correspondiente exhibían que no existía un aumento notorio en las agresiones con este tipo de sustancias ni diferencias significativas en número de agredidos por género, que fue uno de los argumentos más utilizados bajo la idea falsa de que eran las mujeres las víctimas predominantes de este tipo de agresiones (*Ibidem*); 2) en el carácter grave e irreparable de las consecuencias de la acción no obstante que el empleo de estas sustancias no era la única forma de generar secuelas de tal entidad, tal y como ocurre, verbi gratia, con el uso de sustancias combustibles (*Ibidem*); 3) en la referencia a la situación en países como Afganistán, Pakistán, India o Bangladesh pese a que es evidente que son “naciones con visiones políticas, sociales y culturales completamente distintas a las de la sociedad colombiana y que llevan a concluir que no deben ser modelos normativos” (*Ibid.*: p. 72) y a pesar de la presencia de ataques con esas sustancias en países del primer mundo como Inglaterra, lo que pone de presente que es una conducta que no distingue por grados de desarrollo económico de los países; 4) y a la situación de impunidad presente en este tipo de agresiones, pero, “igual que en el caso del feminicidio, no hay un argumento razonable para vincular la impunidad de este tipo de conductas a la necesidad de una tipificación autónoma o al aumento de penas, porque, como ya se expuso, el que se investigue o no con éxito una conducta delictiva obedece a causas ajenas a aquellos, como la dificultad probatoria del delito en concreto, de los requisitos fijados legalmente para poder condenar a alguien, de su forma de ejecución, de los recursos estatales para investigar, de la complejidad del funcionamiento del sistema penal, por solo mencionar algunos” (*Ibid.*: p. 75).

En particular, como consecuencia de su forma de ejecución, que requiere:

(...) la compra previa del agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que se vaya a emplear para agredir, es razonable inferir que estos delitos se cometen de forma planeada, lo que

apunta a que sea más difícil establecer quién lo cometió; por lo tanto, la criminalización autónoma de las lesiones personales cometidas mediante el uso de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas no tendrá ninguna incidencia en la eficacia del sistema judicial para procesar los casos que la precedan y los que hayan ocurrido luego de haber entrado en vigencia (*Ibidem*), porque la ley no estableció ningún instrumento para tal fin.

Entonces, puede deducirse razonablemente que las consecuencias del excesivo cubrimiento informativo sobre un delito son la generación de actitudes ciudadanas punitivas y de punitividad en sus diversas clases: los casos expuestos, a pesar de no ser los primeros de su clase, fueron objeto de un cubrimiento informativo exagerado y si bien puede argumentarse que tenían la trascendencia social necesaria para ser objeto de cubrimiento informativo no era necesario informar sobre todos los aspectos cruentos y escandalosos de su ejecución. Este exceso de noticias y detalles sobre la ejecución de ciertos casos delictivos llevó al surgimiento de demandas sobre la imperiosa necesidad de una intervención estatal exclusivamente a través del Derecho penal para hacer frente a ellos. Estos reclamos se evidencian en variadas propuestas de reforma constitucional y legal, entre otras, en el resurgimiento de la propuesta de referendo para establecer la cadena perpetua en casos de delitos violentos y sexuales en contra de menores de edad y en el Proyecto de Ley 043 de 2017 Cámara para criminalizar de manera similar al feminicidio los homicidios cometidos en contra de menores de 14 años. En la misma línea, estas solicitudes del uso del poder punitivo se materializaron en las leyes 1761 de 2015 y 1773 de 2016, todas ellas, propuestas y leyes, basadas en una visión centrada en el supuesto poder disuasorio de la pena y bajo la argumentación de un aparente carácter de incorregibilidad de quienes comenten cierta clase de delitos, a pesar de que ya es ampliamente reconocido que el recurso punitivo no previene la comisión de conductas y que no se puede afirmar con carácter científico que exista una propensión a cometer delitos.

Por lo expuesto, los medios de comunicación deben concienciarse sobre las consecuencias que produce el reportaje noticioso excesivo de ciertos tipos de criminalidad y que consisten en una distorsión de la realidad del delito y los criminales, lo que a su vez ocasiona los efectos nocivos arriba expuestos, que erosionan principios fundamentales del Derecho penal y que no contribuyen a la solución de los conflictos sociales generados por la comisión de conductas que han sido catalogadas como delito.

4. CONCLUSIONES

Los medios de comunicación tienen el deber, de acuerdo a los parámetros del modelo estándar de periodismo profesional, de reportar los hechos socialmente relevantes, dentro de los cuales está el delito, si se tiene en cuenta que, de acuerdo al principio de *ultima ratio*, solo se criminalizan las conductas generadoras de graves conflictos sociales. Sin embargo, se advierte que se noticia en exceso la delincuencia cometida por miembros de las clases socialmente no poderosas, mientras que la de las clases poderosas recibe escasa o ninguna cobertura informativa, tal y como se plantea bajo el enfoque marxista de la ideología dominante.

Si bien el enfoque marxista de la ideología dominante sí permite explicar por qué el delito es objeto de cubrimiento informativo no aclara por qué los medios de comunicación notician de manera predominante sobre la comisión de crímenes de la delincuencia tradicional, es decir, delitos contra la vida e integridad personal, la libertad, integridad y formación sexuales y el patrimonio económico de menor lesividad. La respuesta a tal interrogante se encuentra en la atracción que la ejecución de tales delitos despierta en la sociedad y que es explotada económicamente por los medios.

La atracción social por las noticias de la comisión de delitos no encuentra sustento en la necesidad de actuar en un contexto social determinado, porque en múltiples ámbitos sociales de interacción no se requiere

conocimiento sobre el particular. En la misma línea, tal atracción tampoco encuentra su razón de ser en evitar ser victimizado, porque, aunque la información que se provee por los medios da cuenta del cómo, dónde y en qué horarios están siendo cometidas determinadas conductas delictuales, estos datos solo podrían ayudar, en el mejor de los escenarios, a evitar ser víctima de delitos contra el patrimonio económico, pero no respecto de crímenes contra la vida e integridad personal y la libertad, integridad y formación sexuales, salvo que se tratara de un individuo o grupo de ellos que cometieran delitos de tal naturaleza de forma permanente en una mismas órbitas temporal y espacial.

En consecuencia, lo que se advierte es un interés social en conocer los detalles más sangrientos y sórdidos de delitos violentos y un aprovechamiento económico de los medios de comunicación de tal atracción mediante la publicación sobre todos los datos posibles de su comisión, lo cual distorsiona la realidad del delito en las sociedades contemporáneas dando la impresión de que está en aumento, lo que a su vez sirve de sustento injustificado para el surgimiento de actitudes ciudadanas punitivas, que presentan al Derecho penal como la única herramienta estatal frente a cualquier tipo de conducta generadora de conflicto social, y de propuestas de reforma normativa al respecto bajo el fenómeno social de *punitividad* en sus distintas variantes, lo que tiene como consecuencia la adopción de una política penal de carácter punitivo y no preventivo y en un uso simbólico del Derecho penal.

El caso de Colombia no ha sido ajeno a esta tendencia punitiva y es un hecho notorio que los medios de comunicación nacionales han convertido en punto central de su contenido informativo a las noticias, con el máximo de detalle posible, de la ejecución de crímenes de la delincuencia tradicional debido al interés social que este tipo de reportajes generan en la sociedad y en aras de obtener provecho económico. Los efectos de este exorbitante reportaje informativo se ven reflejados en exigencias y propuestas de reforma normativa, así como en la expedición de leyes que se caracterizan por el uso repetitivo de argumentos irrazonables como, entre otros, un supuesto aumento en la comisión de determinado delito y en una situación de absoluta impunidad sobre esa clase de criminalidad, como medios para justificar el uso exclusivo del Derecho penal como herramienta de intervención estatal y evitando así la discusión sobre el uso de otras medidas con mayor probabilidad de eficacia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barata, F. (2008). La mediatización del derecho penal. *Novum Jus*, 2, (1), pp. 5-32.
- Bernal Castro, C. (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.
- Bernal Castro, C. & Moya Vargas, M. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Buckler, K. & Travis, L. (2005). Assessing the Newsworthiness of Homicide Events: An Analysis of Coverage in the Houston Chronicle. *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, 12, (1), pp. 1-25.
- Carvajal, J. (2011). *Derecho y lógicas de seguridad en Colombia*. Universidad Libre de Colombia, Bogotá.
- Carvajal J. (2010). El Estado de seguridad y la política internacional. *Novum Jus*, 4, (2), pp. 55-76.
- Cavender, G. (2004). Media and Crime Policy: A Reconsideration of David Garland's "The Culture of Control". *Punishment & Society*, 6, (3), pp. 335-348.

- Cheatwood, D. (2010). Images of Crime and Justice in Early Commercial Radio—1932 to 1958. *Criminal Justice Review*, 35, (1). Recuperado de: <http://cjr.sagepub.com/content/35/1/32.short>
- Cita Triana, R. (2011). Castigo penal y pensamiento libertario: la visita de Kropotkin a las prisiones. *Novum Jus*, 5, (1), pp. 9-26.
- Díez Ripollés, J. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 06-03. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>
- Duwe, G. (2000). Body-Count Journalism: The Presentation of Mass Murder in the News Media. *Homicide Studies*, 4, (4), pp. 364-399.
- Fuller, Jack. (2010). *What is happening to news: The Information Explosion and the Crisis. in Journalism*. University of Chicago, Chicago.
- Garzón Cárdenas, R. (2017). Adolfo León Gómez y el presidio en el primer cuarto del siglo xx en Colombia. *Novum Jus*, 11, (1), pp. 129-142.
- González Monguí, P.E. (2013). *Procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- Hanusch, F. (2010). *Representing Death in the News. Journalism, Media and Mortality*. Palgrave Macmillan, Hampshire.
- Jacoby, J. et al. (2008). The Newsworthiness of Executions. *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, 15, (2), pp. 168-188.
- Jewkes, Y. (2004). *Media and Crime*. SAGE, London.
- Luhmann, N. (2007). *La sociedad de la sociedad*. Universidad Iberoamericana y Herder, México D.F.
- Moya Vargas, M. F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2008). La Transvaluación: sus posibilidades como categoría de análisis en la investigación sociojurídica. *Novum Jus*, 2, (1), pp. 33-68.
- Moya Vargas, M.F. (2010). *Una Manifestación de política penal aplicada: el procesamiento de personas ausentes en la Ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo e Imprenta Nacional, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2011). *Relaciones judiciales penales internacionales*. Bogotá, Universidad Santo Tomás.
- Moya Vargas, M. F. (2012). *La verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M. F. (2013). Óptica, episteme y orígenes del principio de congruencia en el proceso penal. *Sociología del Derecho*, (2), pp. 37-64.
- Moya Vargas, M. F. & Bernal Castro, C. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M. F. (2015). *Producción probatoria de la verdad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M. F. (2017a). Semiótica de la Justicia: opción metodológica del derecho. *Teoría del Derecho Contemporáneo*. Universidad La Gran Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M. F. (2017b). *Fundamentos semióticos para la investigación jurídica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Pérez-Salazar, B. (2003). Guerra y terrorismo en Colombia, en: Prieto-Sanjuán, R. (coord.), *Sociología jurídica. Análisis del control y del conflicto sociales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 165-187.

Ramírez Montufar, Á. (2012). La televisión, las mentes y la democracia. *Novum Jus*, 6, (1), pp. 23-42.

Reiner, R. et al. (2000). No More Happy Endings? The Media and Popular Concern About Crime Since the Second World War, en: Hope, T & Sparks, R. (eds.). *Crime, risk and insecurity. Law and order in everyday life and political discourse*. Routledge, London.

Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4ª ed., Temis, Bogotá.

Roberts, J. et al (2003). *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*. Oxford University, Oxford.

Rowbotham, J. et al. (2013). *Crime News in Modern Britain. Press Reporting and Responsibility, 1820–2010*. Palgrave Macmillan, Hampshire.

Schudson, M. (1978). *Discovering The News: A Social History of American Newspapers*. Basic Books, New York.

Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. pp. 845-863.

Silva García, G. (1999). Criminología, bases para una teoría sociológica del delito, en: Elbert, C. (coord.). *La criminología del siglo XXI en América Latina*. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires. pp. 305-326.

Silva García, G. (2000a). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica, *Derecho Penal y Criminología*, XXI, (68), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 129-143.

Silva García, G. (2000b). Una revisión del análisis económico sobre el derecho. *Economía Institucional*. (2), pp. 173-196.

Silva García, G. (2000c). Le basi della teoria sociologica del delitto. *Sociologia del Diritto*, (2), Milano, pp. 119-135.

Silva García, G. (2001a). Las Prácticas Jurídicas, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*, T. II, Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.

Silva García, G. (2001b). La Administración de Justicia, en: *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T. III, Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.

Silva García, G. & I.F. Pacheco Arrieta (2001c). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp. 185-208.

Silva García, G. (2003). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 323-352.

Silva García, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, XI, (22), pp. 29-43.

- Silva García, G. (2010). Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 1, (1), pp. 59-86.
- Silva García, G. (2011a). *Criminología. Teoría sociológica del Delito*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2011b). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.
- Silva García, G. & Díaz Ortega. (2015). ¿Justicia penal o justicia premial? Un análisis sociojurídico sobre la justicia penal en Colombia, en: *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México D.F., pp. 109 a 137.
- Silva Sánchez, J. (2008). ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor", en: Mir Puig, S. (dir.). *Derecho penal del siglo XXI*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Surette, R. (2011). *Media, Crime, and Criminal Justice: Images, Realities, and Policies*, 4a. ed., Wadsworth, Belmont.
- Van Ginneken, J. (2003). *Collective Behavior and Public Opinion*. Lawrence, London.
- Velandia Montes, R. (2003). Ensayo sobre el fin de la pena, en: *Teoría e investigación en Sociología Jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 355-392.
- Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. I, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. II, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.
- Velandia Montes, R. (2017). *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Warwick, A. (2006). The Scene of the Crime: Inventing the Serial Killer. *Social Legal Studies*, (15), pp. 552-569.
- Zaffaroni, E. et al. (2000). *Derecho penal, parte general*. Ediar, Buenos Aires.

Fuentes de prensa:

- Betín, T. (2016, diciembre 7). Yuliana Samboni tenía mordiscos en la cara: Fiscalía. *El Heraldo*. Recuperado de: <http://www.elheraldo.co/colombia/yuliana-samboni-tenia-mordiscos-en-la-cara-fiscalia-309303>
- Bundy Toll May Be 50, Prosecutor in Case Says. (1989, enero 26). *New York Times*. Recuperado de: <http://www.nytimes.com/1989/01/26/us/bundy-toll-may-be-50-prosecutor-in-case-says.html?src=pm>
- ¿Cómo llegó Raúl Muñoz a ser subteniente? (2012, septiembre 29). *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/como-llego-raul-munoz-subteniente/265579-3>
- Comunidad en Popayán se congregó para rechazar crimen contra Yuliana Samboni. (2016, diciembre 7). *Noticias Caracol*. Recuperado de: <http://noticias.caracoltv.com/cali/comunidad-en-popayan-se-congrego-para-rechazar-crimen-de-yuliana-samboni>

Cortés Fierro, E. (2016, diciembre 11). Hay más Yulianas/Voy y vuelvo. Desde el caso de Rosa Elvira Cely, la ciudad y el país no habían estado tan conmocionados. *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/bogota/voy-y-vuelvo-sobre-yuliana-samboni/16770234>

Dolor e indignación por crimen de niña caucana en Bogotá (2016, diciembre 5). *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/colombia/cali/asesinato-de-nina-en-bogota/16766191>

Fiscalía pide 60 años de cárcel para Rafael Uribe (2016, diciembre 15). *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/rafael-uribe-noguera-acepto-cargos-por-asesinato-de-yuliana-samboni/509500>

Hallan torturado el cuerpo de un niño de 11 años, desaparecido en La Estrella (2016, marzo 3). *Noticias Caracol*. Recuperado de: <http://noticias.caracoltv.com/colombia/hallan-torturado-el-cuerpo-de-un-nino-de-11-anos-desaparecido-en-la-estrella>

ICBF pide cadena perpetua para asesinos y violadores de niños (2016, diciembre 5). *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/gente/icbf-rechaza-asesinato-de-nina-de-7-anos-en-chapinero/16766114>

Johnson, D. (1992, febrero 16). Milwaukee Jury Says Dahmer Was Sane. *New York Times*. Recuperado de: <http://www.nytimes.com/1992/02/16/us/milwaukee-jury-says-dahmer-was-sane.html?src=pm>

Jones, J. (2012, marzo 13). China's death row TV hit: Interviews Before Execution. *BBC News*. Recuperado de: <http://www.bbc.com/news/magazine-17303746>

La guardia ciudadana no se rinde por Yuliana Samboní (2016, diciembre 16). *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/ciudadanos-que-rechazaron-asesinato-de-yuliana-samboni/16767558>

La muerte de Rosa Elvira Cely, un crimen abominable (2012, junio 2). *Semana*. Recuperado de: www.semana.com/nacion/articulo/la-muerte-rosa-elvira-cely-crimen-abominable/258867-3

Los papás de Yuliana Samboní se suman al referendo contra violadores de niños (2017, enero 10). *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/los-papas-de-yuliana-samboni-se-suman-al-referendo-cont-articulo-673952>

Méndez Manosalva, S. (2017, junio 5). Un legado de Gilma Jiménez. Regresó el referendo que pide cadena perpetua para violadores y asesinos de niños. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/regreso-el-referendo-que-pide-cadena-perpetua-para-violadores-y-asesinos-de-ninos-articulo-696951>

Mujer aceptó que asesinó a su hijo. Orlando Rugeles, padre del menor, dijo que ella se declaró culpable para proteger a un familiar. (2014, septiembre 29). *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/bogota/mujer-acepto-que-asesino-a-su-hijo/14606760>

Mujer fue violada, acibillada y empalada en Buga. (2016, noviembre 17). *Caracol Radio*. Recuperado de: http://caracol.com.co/emisora/2016/11/17/cali/1479388871_083843.html

Murphy, S. (2015, junio 17). Dating a prisoner: What attracts people on the outside to fall in love with convicted criminals? *The Independent*. Recuperado de: <http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/features/dating-a-prisoner-what-attracts-people-on-the-outside-to-fall-in-love-with-convicted-criminals-10326587.html>

Ofrecen \$50 millones de recompensa por información sobre ataque a policías en el Cauca (2017, octubre 1º). *El País*. Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/judicial/ofrecen-50-millones-de-recompensa-por-informacion-sobre-ataque-a-policias-en-el-cauca.html>

¿Populismo legislativo en el caso de Yuliana? (2016, diciembre 6). *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/confidenciales-semanacom/articulo/proyectos-de-ley-para-castigar-a-violadores-y-asesinos-de-ninos-podrian-ser-populismo/508459>

Prisión perpetua a violadores de niños: ocho años de promesas (2016, diciembre 6). *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/cadena-perpetua-a-violadores-de-ninos-ocho-anos-de-promesas/508348>

Proyecto de Acto Legislativo 17 de 2017 Senado. *Gaceta del Congreso* 308 de 5 de mayo de 2017. Recuperado de: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>

Proyecto de Ley 043 de 2017 Cámara. *Gaceta del Congreso* 615 de 31 de julio de 2017. Recuperado de: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>

Racines Arévalo, Karem. (2012, junio 3). Repudio por el crimen de Rosa Elvira Cely: ¡Ni una Rosa más! *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/repudio-crimen-rosa-elvira-cely-ni-rosa-mas/258953-3>

"Rafael Uribe Noguera condenado a 51 años y ocho meses de prisión" (2017, marzo 29). *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/rafael-uribe-noguera-sentencia-por-asesinato-de-yuliana-samboni/520041>

"Rafael Uribe podría recibir rebaja de pena" Representante Efraín Torres (2016, diciembre 6). *Kienyke*. Recuperado de: <http://www.kienyke.com/politica/rebaja-de-pena-rafael-uribe/>

60 años de prisión por asesinar a su familia (2016, marzo 28). *El Nuevo Siglo*. Recuperado de: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/3-2016-60-a%C3%B1os-de-prisi%C3%B3n-por-asesinar-su-familia>

BIODATA

Rafael VELANDIA MONTES: Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas y Diploma en Estudios Avanzados en Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, España. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas y Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Docente en derecho penal y criminología e investigador del Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, al cual pertenece este resultado de investigación.



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.170-178
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Los feos, los sucios, los malos: criminalización surrealista de los acontecimientos urbanos

The Ugly, the Dirty, the Bad: Surrealist Criminalization of Urban Events

Ricardo Arturo ARIZA LÓPEZ

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7856-5974>

raariza@ucatolica.edu.co

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1774309>

RESUMEN

Parodiando al maestro y director de cine Ettore Scola, con el título de su película *Los feos, sucios y malos* (1976) este artículo se construye desde lecturas fragmentadas a partir de una hipótesis de lectura: la intervención urbana en una ciudad como Bogotá, en un sector céntrico, denominado el Bronx, sólo fue posible cuando se criminalizaron los acontecimientos y subsecuentemente a quienes son protagonistas de los mismos.

Palabras clave: Acontecimientos urbanos, criminalización surrealista, construcción social de la realidad.

ABSTRACT

Parodying the master and film director Ettore Scola, with the title of his film. *The ugly, dirty and bad* (1976) this article is built from fragmented readings from a reading hypothesis: urban intervention in a city like Bogotá, in a downtown sector, named the Bronx, was only possible when events were criminalized and subsequently to those who protagonized them.

Keywords: Urban events, surrealist criminalization, social construction of reality.

Recibido: 21-06-2018 • Aceptado: 15-07-2018



Utopía y Praxis Latinoamericana publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported (CC BY-NC-SA 3.0). Para más información diríjase a https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/deed.es_ES

1. ACERCA DEL TÍTULO

(...) La miseria y deformidad de los personajes de *Feos, brutos y malos* -poco más que alimañas capaces de cualquier atropello ético y racional en pos de aligerar un poco su penosa desdicha cotidiana-, es al mismo tiempo una hereditaria patología física y una contagiosa enfermedad moral. *Feos, brutos y malos* ofende y desternilla al mismo tiempo que infecta su profundo descreimiento y desesperanza a través de una colección de fisionomías que, capitaneadas por el poderoso Nino Manfredi y a juego con el estilo formal impuesto por Scola, hacen honor al epígrafe de la obra en conjunto con una correlativa batería de actos aberrantes, cuya hilarante atrocidad aproximan la sátira al más asilvestrado surrealismo.

Despiadada e impactante lectura de la fea, sucia y malvada Italia del momento (elcriticoabulico.wordpress.com: 2018).

En junio de 2016, por orden perentoria del alcalde de Bogotá, varios centenares de agentes de la Policía Nacional tomaron por asalto el “Bronx”, apelativo con el que se conocía un sitio deteriorado de Bogotá en el barrio Los Mártires que corresponde a la zona central de la ciudad. En el lugar, según los medios de comunicación se supone, habitaban alrededor de tres mil personas, habitantes de la calle o vagabundos, despectivamente llamados “desechables”. El día del desalojo hubo disparos, bombas incendiarias, arrestados, heridos, cadáveres que aparecieron, algún secuestrado liberado y menores rescatados, una “olla”, un par de manzanas, bajo control de bandas que realizaban actividades al margen de la ley, en especial microtráfico de drogas y prostitución de menores. El operativo fue acometido rodeado de un cubrimiento mediático de la prensa escrita y televisiva, que de manera “amarillista”, con un enorme sensacionalismo, provisto de toda clase de giros dramáticos y aperlada de un lenguaje altisonante, a veces casi barroco, presentó los acontecimientos como un asalto a algo más parecido al infierno de Dante. Los medios hacían referencia, en especial, al miedo que inspiraba el “Bronx” entre la población, el cual, según los medios, no estaba, mucho más espeluznante y el temor que inspiraba era un pálido reflejo del que merecía. Las imágenes tomaban posición diría Georges Didi-Huberman (2013).

Días después, sectores “normalizados” de la ciudad empezaron a verse invadidos por los habitantes del “Bronx”. Aparecieron con ello los conflictos. Ciudadanos, antes probablemente del todo ajenos, además de indiferentes, a la realidad del “Bronx” empezaron, ahora sí, a sentir miedo, así como a agravar sus sentimientos de inseguridad que en una urbe como Bogotá son crónicos. En ese momento se hizo patente que esas personas no tenían donde vivir, las casas del “Bronx” fueron demolidas, los sitios de acogida a los que habían pretendido llevar a los desalojados no funcionaron, y los habitantes del “Bronx” empezaron a deambular y dormir por vecindarios “normales”. Para el común de la población, fue patente que los acontecimientos del “Bronx” no había resuelto nada, sólo habían desplazado el asunto, valga decir, lo habían irrigado por toda la ciudad.

En esas condiciones cabe preguntarse ¿Cuál fue acontecimiento que en realidad había ocurrido? ¿Cuáles las consecuencias del mismo?

Slavoj Žižek considera el acontecimiento como una “noción anfibia” con más de cincuenta tonos de gris. “Un ‘acontecimiento’ puede hacer referencia a un desastre natural devastador o al escándalo más reciente provocado por una celebridad” (Žižek: 2016). Más adelante precisa: “En un primer enfoque, un acontecimiento es por consiguiente *el efecto que parece exceder sus causas* –y el *espacio* de un acontecimiento es que se abre por el hueco que separa un efecto de sus causas-” (*Ibidem*).

¿Cómo entonces volver lo feo, lo sucio y lo malo un acontecimiento? ¿Y cómo volver tal acontecimiento una acción comunicativa? ¿Y cómo criminalizar esa acción comunicativa?

El escenario del “Bronx” evidencia los procesos de construcción social de la realidad, la edificación de los imaginarios acerca de la criminalidad y los criminales, lo mismo que sobre el control penal, con una larga expresión en la historia nacional (Silva García: 2011a). Así mismo, ponen en cuestión el uso de los discursos mediáticos como mecanismo de criminalización (Moya Vargas: 2008). Una determinada “realidad” es

construida por medio de imágenes, con el uso de un lenguaje cargado de adjetivos y a través del discurso que produce interpretaciones y redefiniciones de los acontecimientos. La descripción de la realidad relativa a la criminalidad y el control no es objetiva, es un constructo subjetivo, que retoma elementos de ella, lo que le otorga cierta veracidad, pero deriva en un imaginario que no corresponde con ésta.

Una segunda cuestión, radica en que los acontecimientos del “Bronx” desnudan la naturaleza y las dinámicas que son propias del conflicto social, donde la ley es un instrumento dentro del conflicto, utilizada para la realización de intereses de ciertos grupos con poder, que criminalizan al adversario, para marginarlo y excluirlo (Silva García: 2008).

Igualmente, los hechos del “Bronx” deberían ubicar en el centro del debate las políticas públicas, desde luego las políticas en materia de seguridad, pero también las políticas sociales y de desarrollo urbano en Bogotá. En el terreno anterior, parecería que el asalto al “Bronx”, matizado por el proceso de construcción social de la realidad de lo criminal, conseguía desviar toda la atención sobre criminales, su suciedad, fealdad y maldad.

Lograrlo evitaría a la administración distrital explicaciones sobre las condiciones históricas, geográficas, espaciales, sociales y económicas, así como sobre las circunstancias de planeación urbana y de responsabilidad institucional que llevaron a un sector conocido como “El Bronx”, en inmediaciones del centro histórico de Bogotá, a su estado actual de deterioro urbano. También facilitaría justificar la necesidad de “redesarrollar” y “corregir” la situación anómala presente de ese sector urbano; porque se trata de un riesgo mayor asociado a los arreglos “empresarialistas” insertos en la base de las estrategias de desarrollo competitivo de las intervenciones contemporáneas de renovación urbana (Pérez-Salazar & Velásquez-Monroy: 2013).

La seguridad pública no es una política aislada, esta se puede insertar en lo que propone Carvajal Martínez (2015) como una política global, enmarcada en un discurso generalizado de la seguridad que se caracteriza porque el poder termina por “aprovechar este estado de incertidumbre para promover políticas de prevención o represión que van en contravía de los derechos humanos, de las libertades de los pueblos y de las personas” (p.12).

Es por ello que en ese ámbito de las políticas de seguridad el discurso de Rudolph Giuliani, ex alcalde de la ciudad de New York, famoso por aplicar la teoría de “tolerancia cero” en la recuperación del Bronx neoyorquino señalaba sobre su origen, objetivos e índole:

(...) la estrategia de tolerancia cero vino a representar una ruptura con el fatalismo de lo que solía llamarse el ‘nada funciona’. Es decir, la policía es incapaz de reducir la criminalidad, las prisiones no rehabilitan, el delito es cada vez más violento, en resumen, nada de lo que hagamos funciona. Con la tolerancia cero se decidió poner fin a todo síntoma de impunidad y dejar claro que la ley está ahí para respetarse. No importa por qué se delinque lo importante es hacer valer la ley, y quien la transgrede se tendrá que atener a las consecuencias o, en otras palabras, la vieja y conocida fórmula de ‘guerra sin cuartel a la delincuencia’ se transfiguró lingüísticamente para convertirse en una frase más sutil (tolerancia cero) que trata de convencer a los ciudadanos de que es algo positivo que ayudará a recobrar las calles ahora ganadas por la delincuencia (Arroyo: 2013, p. 3).

En pocas palabras ninguna política social tenía valor ni relevancia, tampoco comprender la divergencia social que es criminalizada, sólo la aplicación represiva del control que aniquilara el crimen y recuperara el orden.

Pero lo que más interesa son sus palabras respecto al Bronx y su papel como Alcalde, expuestas en su discurso en Times Square en el 2002:

Cuando me convertí en alcalde, centré la atención en transformar la calle 42 de Manhattan y el área circundante de Times Square. Uno de los símbolos más conocidos de la ciudad de Nueva York, que había degenerado en los años setenta y ochenta. ‘Forty Deuce’, como se conocía en la calle, estaba llena de tiendas de sexo. A la sombra de la Biblioteca Pública de Nueva York, los yonquis patrullaban Bryant Park, comprando y vendiendo drogas abiertamente. (...) A medida que los visitantes salían

del cercano Lincoln Tunnel, los mendigos agresivos los saludaban exigiendo un billete a cambio del servicio, no solicitado, de limpiar el parabrisas. Era una cara fea para la ciudad para mostrar al resto del mundo. Peor aún, fue una señal para la ciudad de que sus líderes no podían controlar ni siquiera los espacios públicos más visibles" (McNamara & McNeill: 2012, p. 265).

Es evidente que al igual que en New York, pero para Bogotá, el alcalde Enrique Peñalosa, hacía una "excelente traducción", por no decir copia de las palabras de Gualini. Lo "sucio", "lo feo", "lo malo" debe ser reemplazado, por no decir eliminado por lo estéticamente "bello". Sólo que aquí lo bello sólo puede ser logrado bajo el imperio de la ley y del orden que garanticen una ciudad armoniosamente homogénea.

El alcalde Peñalosa declaró:

(...) Nosotros intervenimos el Bronx porque ese era un centro de operaciones de organizaciones criminales, porque allí se promovía el consumo de droga, se llevaban a niños y menores que caían en la drogadicción. Había explotación sexual masiva de niños, no podemos tolerar que haya una República independiente del crimen donde no pueden entrar las autoridades (*El Espectador*: 2016, IX).

No es el interés principal detenernos en este artículo sobre todo lo que implica la implementación de la política de seguridad denominada "tolerancia cero" en la administración de la ciudad de Bogotá. Como en la película referenciada al inicio del texto del director Scola, el surrealismo urbano de esos "infiernos" y "ollas" con los que conviven las ciudades contemporáneas permiten narrativas que, difundidas desde y por los medios de comunicación como la noticia de la semana o del momento, logran que lo estructural no sea tema de discusión y reflexión en los momentos de generar una política pública y una planeación urbana acorde con espacios urbanos y sociales que se distinguen por su desigual desarrollo y que, en algunos casos, son expresión de una clara y manifiesta inequidad (Moya Vargas: 2013). Restrepo Fontalvo ha señalado que:

(...) no parece razonable pensar que la simple reducción a mapas de la criminalidad urbana en sí misma aporte gran cosa, a menos que, a partir de ella y de muchas otras estrategias de diagnóstico, se intente comprender la necesidad de elaborar políticas que consulten las diferentes realidades ofrecidas por los diversos grupos socioeconómicos y culturales que viven en las grandes ciudades" (Restrepo Fontalvo: 2014, p. 23).

Al contrario, los medios masivos de comunicación que "construyen" el acontecimiento urbano como una realidad necesitada de ser intervenida, controlada y solucionada por la administración de turno (Bernal Castro: 2015). Ya el Bronx no es importante. Sólo los académicos vuelven sobre el tema para ahondar en discusiones de efectividad y alcance de tales intervenciones. Por el momento, y hasta el mes de agosto del año en curso, 2018, tendremos motos sin parrillero para "hacer descender significativamente" delitos asociados a este medio de transporte como es el "fleteo" (Moya Vargas: 2012), robo de celulares y sicariato. El surrealismo en su total plenitud (Moya Vargas: 2010).

Silva García anota:

(...) El desarrollo de la política de 'cero tolerancia' o de las 'ventanas rotas', cuyo objetivo es el mantenimiento irrestricto del orden, puestas en práctica en Nueva York en los años 1990 y promovidas como un modelo a imitar en todo el mundo, suponen que cualquier desorden o falta, por pequeña que fuera, debía ser sancionada con prisión, puesto que la benevolencia o tolerancia constituyen una invitación para la comisión de delitos cada vez más graves" (Silva García: 2011b, p. 249).

La nota de Silva García se trae a colación por lo que sus trabajos sobre divergencia a lo largo del libro referenciado y en otras publicaciones (Silva García: 1996; 2012), se vuelven significativos frente a la problemática aquí examinada. La divergencia es una acción social enfrentada a otra, igualmente divergente, en las que ambas pretenden realizar sus intereses e imponer sus ideologías, con desmedro de los esgrímidos

por el otro actor, lo que deriva en un conflicto social, seguido de una intervención de las agencias de control penal, que procederán a criminalizar una de las líneas de acción social divergente, negando las expresiones de diversidad contenidas en ella, las cuales no se consideran admisibles.

2. UNA PROBLEMÁTICA SURREALISTA

La política de “Cero Tolerancia” no sólo es la censura de una forma de divergencia, representa una visión que incluso omite la idea de conflicto social, es el absoluto desinterés frente a cualquier intento de comprensión de las problemáticas involucradas, es la negación de toda responsabilidad por parte de las políticas públicas. El problema, mediatizado, socialmente construido, es reducido de manera simple a un reto apocalíptico de malvados criminales, lo que demanda restaurar la ley y el orden.

Tal como lo observa Silva García, nadie pretende caer en abstracciones que separen lo material de lo formal en la cuestión penal. Lo aquí preocupante, por decirlo de alguna manera, es cómo el criminalizar indiscriminadamente aquello que va en contra de un orden “sugerido”, favorece representaciones sociales que niegan la diferencia y la divergencia. En efecto, como afirma González Mongui, incluso:

(...) a estos individuos se les aplica regularmente procesos de criminalización, así no hayan cometido conductas punibles, mediante detenciones ilegales, vías de hecho y procedimientos administrativos sancionatorios de policía. Es una de las modalidades de lo que se conoce como Derecho penal de autor (González Mongui: 2013, p. 69).

Nadie discute la ocurrencia en el “Bronx” de actividades ilícitas que merecían una reacción penal severa, pese a la mayor dañosidad social en el entorno colombiano de otras como la corrupción (Silva García: 2000a), puesto que la trata de personas, el secuestro, el homicidio, el tráfico de drogas, la explotación sexual de menores, la tortura y la extorsión, parecían estar al orden del día. Pero es evidente que el asalto al “Bronx” no resolvió el problema, sólo lo desplazó. A su vez, con mayor criterio otros estudios han develado la génesis y dinámicas de las empresas criminales que funcionan en redes de trabajo (Ávila Martínez & Pérez Salazar: 2011), o que actúan como bandas o milicias (Silva García: 2015), que develan diagnósticos más acertados como fundamento de políticas penales eficientes y democráticas.

En cambio la lógica de la operación mediática y policial del “Bronx” encaja dentro de otras percepciones acerca de la criminalidad que han sido criticadas, puesto que comportan, de manera bastante similar, procesos de construcción social de la realidad, el abuso y el exceso en la criminalización, la criminalización de asuntos que podrían ser mejor tratados en otros escenarios jurídicos, el uso discriminatorio de instituciones penales con rompimiento del principio de igualdad, la persistencia en categorías que no tienen asidero en la realidad como soporte de la criminalización, las manipulaciones populistas de ciertas acciones divergentes (Velandia Montes: 2013; 2015a; 2015b; 2017; Silva García: 2010; Moya Vargas, 2007; Silva García & Velandia Montes: 2003; Silva García, 2003a; Silva García & Pacheco Arrieta: 2001; Silva García: 2000b; 1998a; 1997), referidas a la accidentalidad de tránsito, la inmigración ilegal, los delitos sexuales, los ataques con ácido, el uso de la prisión, la inasistencia alimentaria, el homicidio, la dosificación de la pena, el delito político, la invasión de tierras y el tráfico de drogas.

En otros escritos e intervenciones de Silva García (2001) la advertencia va más allá cuando se trata de lo que los medios de comunicación podrían llegar a generar, como discurso de lo “legal”, aquello que sólo se reduce a calificaciones “morales” y efectistas sin ningún rigor de contexto (en igual sentido: Bernal Castro: 2015; Restrepo Fontalvo: 2014).

Al respecto Zaffaroni agrega:

La criminología mediática crea la realidad de un mundo de *personas decentes* frente a una masa de *criminales* identificada a través de estereotipos, que configuran un *ellos* separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de *diferentes* y *malos*. Los *ellos* de la criminalidad mediática molestan, impiden dormir con puertas y ventanas abiertas, perturban las vacaciones, amenazan a los niños, *ensucian* en todos lados y por eso deben ser separados de la sociedad, para dejarnos vivir tranquilos,

sin miedos, para *resolver todos nuestros problemas*. Este *ellos* se construye por *semejanzas*, para lo cual la televisión es el medio ideal, pues juega con imágenes mostrando a algunos de los pocos estereotipados que delinquen y de inmediato o que solo incurrir en infracciones menores, pero que *son parecidos* (Zaffaroni: 2013, pp. 212-213).

Más adelante continua respecto al papel de las autoridades cuando se trata de las exigencias mediáticas: "En esos casos, las agencias *entregan* al ejecutor material para calmar la ola mediática y aprovechan para demostrar que se *depuran* los elementos *indeseables*" (p.218).

Pensar en la influencia de los medios sobre la criminalización (Moya Vargas: 2016). Eso no admite discusión tanto para investigadores como para académicos. Lo que esta mínima reflexión quiere convocar es a establecer una línea de investigación, inclusive de denuncia, que advierta como la criminalización, de los *ellos* diría Zaffaroni o de los *divergentes* propondría Silva García, a través de la comunicación coyuntural del acontecimiento, no sólo afectarían representaciones sociales cognitivas de los que se consideran "decentes", "limpios" y "bonitos" respecto a los que consideran que no lo son, sino que, aún más cuestionable, lleva a inducir a las administraciones urbanas a construir espacios y formas de planeación que favorecen el inmediatismo efectista de lo demandado, no por quien los elige, sino por las "exigencias mediáticas" (Moya Vargas: 2017a; 2017b).

Sólo por anotar una "onda" en la que entramos por otro lado de la inseguridad y percepción de inseguridad ciudadana: el top de los más buscados (Silva García: 2011; Bernal Castro: 2013). Hoy en día "los gobiernos nacionales y locales construyen una nueva política donde la amenaza a la seguridad pública se ha convertido en el eje discursivo y programático del control social" (Carvajal Martínez: 2010, p. 11). De ello es paradigmático el discurso de inseguridad ciudadana, que apunta a distraer la atención social de las acciones socialmente dañosas cometidas por personas integrantes de las clases poderosas y que se construye de manera exclusiva con base en la delincuencia tradicional, es decir, delitos contra la vida y la integridad personal, libertad sexual y patrimonio económico (Velandia Montes: 2015a), homicidas y delincuentes en general que "azotan" la ciudad. Todos ellos, si usted ve sus imágenes difundidas por diferentes medios demuestran que califican para "los feos", "los sucios", "los malos" que deben ser capturados o dados de baja por la fuerza policial. Alguien diría que ese no es problema. Es la tarea obligada de la institución referida. La cuestión es cuando se "enfrenta" la ciudad de la eterna primavera, con metro y pujante con los habitantes de las "eternas comunas" que "ensucian" la bella ciudad, de acuerdo con los estereotipos generados, sobre los que se estructuran procesos de estigmatización de esos "desviados", convertidos en verdaderos "chivos expiatorios" a los que se atribuye lo malo, lo feo y lo sucio (Restrepo Fontalvo: 2014; 2015).

Ya para finalizar estas líneas reflexivas, podría uno preguntarse ¿Y ahora qué hacemos con los habitantes de la calle que no necesariamente eran del "Bronx"?

3. CONCLUSIONES

Puede entonces concluirse que el imaginario social, con la misma complicidad de la administración distrital en algunos de los discursos del alcalde mayor, siente que el habitante de la calle es uno de los tantos "desplazados" del Bronx que se ha adueñado de toda la ciudad generando mayor inseguridad sumada a la "creación de nuevos Bronx".

En cambio, no se ha informado qué destino va a seguir el espacio urbano que ocupaba el "Bronx", si existen planes urbanísticos proyectados, quiénes son sus propietarios y qué posición o intereses tienen en el embrollo. Tampoco se han escuchado explicaciones sobre cuáles son las políticas públicas para atender a los habitantes de la calle. Como su situación puede ser articulada dentro de las políticas de seguridad de la ciudad.

Empero, lo cierto es que no han aparecido atisbos de reformas o ajustes en las políticas de seguridad. Tampoco existen discusiones sobre el papel de la policía nacional, ni indicios sobre el cuestionamiento de las políticas que deben ser adoptadas en concordancia con los derechos humanos y la necesidad de alcanzar

un tipo de seguridad democrática, sólo la sociología jurídica (Silva García: 2003b; 1998b), que no las autoridades distritales o nacionales, ha tocado el tema.

La película nuestra aún no ha terminado. Al poco tiempo, el nuevo set en el que aparecían arrinconados los protagonistas del antiguo "Bronx" era el caño que canaliza un río sobre la Avenida Sexta con carrera 30, en Bogotá. Después desaparecieron de allí y se invisibilizaron, pero como el acontecimiento no fue una función mágica en la que los habitantes de la calle desaparecieran, pese a los deseos del alcalde, éstos deben estar en algún lugar, la única diferencia es que ahora ni la Alcaldía ni la policía saben dónde. Surrealismo total.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arroyo, M. (2003). *Evaluando la "Estrategia Giuliani": la política de Cero Tolerancia en el Distrito Federal*. Centro Internacional de Estudios sobre Seguridad (CIES) USMEX 2003-04 Working Paper Series Originally prepared at the conference on "Reforming the Administration of Justice in Mexico" at the Center for U.S.-Mexican Studies, May 15-17, 2003.
- Ávila Martínez, A. & Pérez-Salazar, B. (2011). *Mercados de criminalidad en Bogotá*. Taller de Edición Rocca y Corporación Arco Iris, Bogotá.
- Bernal Castro, C. (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Bernal Castro, C. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Carvajal Martínez, J. (2010). *Seguridad ciudadana y política*. *Novum Jus*, 4, (1), pp. 9-32.
- Carvajal Martínez, J. (2015). *Derecho, seguridad y globalización*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Didi-Huberman, G. (2013). *Cuando las imágenes toman posición*. A. Machado libros, Madrid.
- González Monguí, P.E. (2013). *Procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2017a). *Semiótica de la Justicia: opción metodológica del derecho*, en: *Teoría del derecho contemporáneo*. Universidad La Gran Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2017b). *Fundamentos semióticos para la investigación jurídica*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2016). *Acerca del principio de congruencia: estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004*. *Pensamiento Jurídico*, (44), pp. 259-290.
- Moya Vargas, M. F. & Bernal Castro, C. A. (2015). *Libertad de Expresión y Proceso Penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M. F. (2015). *Producción Probatoria de la Verdad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M. F. (2013). *Óptica, episteme y orígenes del principio de congruencia en el proceso penal*. *Sociología del Derecho*, (2), pp. 37-64.
- Moya Vargas, M. F. (2010). *Una manifestación de política penal aplicada: el procesamiento de personas ausentes en la Ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo e Imprenta Nacional, Bogotá.

- Moya Vargas, M. F. (2012). *La verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2011). *Relaciones judiciales penales internacionales*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Moya Vargas, M.F. (2008). La transvaluación: sus posibilidades como categoría de análisis en la investigación sociojurídica, *Novum Jus*, 2, (1), pp. 33-68.
- Pérez-Salazar, B. & Velásquez-Monroy, C. (2013). Procesos de renovación urbana, brecha de rentas del suelo y prácticas predatorias: el caso del polígono de intervención del Plan Centro de Bogotá, en: *Colombia Centralidades históricas en transformación*. Organización Latinoamericana y del Caribe de Centros Históricos – OLACCHI, Quito. pp. 463- 491.
- Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4ª ed., Temis, Bogotá.
- Restrepo Fontalvo, J. (2015). *Control social, derecho y humanismo. Hacia un control social humanizado de la conducta divergente socialmente nociva*. Leyer, Bogotá.
- Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. pp. 845-863.
- Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Silva García, G. (1998a). Delito político y narcotráfico, en: *La problemática de las drogas. Mitos y realidades*. Universidad Externado de Colombia y Proyecto Enlace del Ministerio de Comunicaciones, Bogotá. pp. 65-90.
- Silva García, G. (1998b). La policía en Colombia: paradojas de un modelo policial en una sociedad conflictiva. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, (2), pp. 137-175.
- Silva García, G. (2000a). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica, *Derecho Penal y Criminología*, XXI, (68), pp. 129-143.
- Silva García, G. (2000b). Una revisión del análisis económico sobre el derecho. *Economía Institucional*, (2), pp. 173-196.
- Silva García, G. & Pacheco Arrieta, I. F. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp. 185-208.
- Silva García, G. (2001). El mundo real de los abogados y de la justicia. T. II. *Las Prácticas Jurídicas*. Universidad Externado de Colombia e ILSA, Bogotá.
- Silva García, G. (2003a). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (Coord.) *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 323-352.
- Silva García, G. (2003b). Experiencias de unificación de cuerpos de policía, en: *Seminario internacional sobre investigación criminal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 57 a 95.
- Silva García, G. & Velandia Montes, R. (2003). Dosificación punitiva. Igualdad y preferencias ideológicas, en: Prieto Sanjuán, R. (Coord.). *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 349- 414.
- Silva García, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, XI, (22), pp. 29-43.
- Silva García, G. (2010). Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 1, (1), pp. 59-86.

- Silva García, G. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, Germán (2011b) *Criminología. Teoría sociológica del Delito*. ILAE, Bogotá.
- Silva García, G. (2012). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.
- Silva García, G. (2015). Secuestro político y control penal en Colombia. *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*. 1, (1), Lima, pp. 569 a 582.
- Silva Sánchez, J. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edisofer, Buenos Aires.
- Velandia Montes, R. (2013). Inseguridad vial y política penal en Colombia. *Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, (45), pp. 119-158.
- Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. I, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. II, ILAE, Bogotá.
- Velandia Montes, R. (2017). *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*. Bogotá, Universidad Católica de Colombia.
- Zaffaroni, E. (2013). *La cuestión criminal*. Ibáñez, Bogotá
- Žižek, S. (2016). *Acontecimiento*. Sexto Piso, Madrid.

Referencias electrónicas:

elcriticoabulico.wordpress.com/2013/06/13/feos-sucios-y-malos/ recuperado el 19 de abril de 2018.

BIODATA

Ricardo Arturo ARIZA LÓPEZ: Sociólogo, Especialista en Gerencia de Instituciones de Educación Superior, Magister en Planeación Socioeconómica, docente e investigador de la Universidad Católica de Colombia, a cuyo Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad pertenece este trabajo como resultado de investigación.



LIBRARIUS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.180-183

REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL

CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.

ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1774516>

Picarella, Lucia (2018). **Democracia: evolución de un paradigma. Una comparación entre Europa y América Latina**. Bogotá: Penguin Random House, Universidad Católica de Colombia, Università degli Studi di Salerno, 168 p. ISBN 978-958-9219-53-9

José Javier Capera Figueroa, Politólogo de la Universidad del Tolima. Maestro en sociología política del Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, y estudiante del doctorado en Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Iberoamericana (México). Analista político y columnista del periódico el Nuevo Día (Colombia) y Rebelión.org (España).

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1823-2814>Correo: caperafigueroa@gmail.com<http://josecaperafigueroa.blogspot.mx/>

La democracia como categoría y problemas de investigación en las ciencias sociales, se ha caracterizado por contemplar un desarrollo histórico por parte de determinadas escuelas de pensamiento (liberal, conservadora, analítica, racionalista, marxistas e institucional entre otras). La necesidad de encontrar esquemas que puedan comprender las demandas/necesidades de la ciudadanía al interior de lo público, y la responsabilidad gubernamental por garantizar un Estado social de derecho en las distintas dimensiones hace parte de los dilemas del siglo XXI.

La concepción de reconocer la organización política de la democracia, ha cambiado producto de las relaciones sociales y condiciones históricas que se vienen dando en las sociedades modernas inmersas en la lógica neoliberal y el proyecto del sistema capitalista. El reconocimiento de los procesos de institucionalización, legalidad y estabilidad de los entes gubernamentales son parte de los retos que constituye la democracia representativa en su dimensión instituyente propio del liberalismo clásico.

En efecto, la obra intitulada *Democracia: evolución de un paradigma. Una comparación entre Europa y América Latina*, escrita por Lucia Picarella¹ nos muestra un panorama del proceso de emergencia y consolidación del significado de la democracia y la dinámica que se desprende en torno a la participación, representación y deliberación de la política desde la ciudadanía vista desde el enfoque comparativo Europa y América Latina.

El sentido de reconocer el papel de la ciudadanía como agente que ejerce el poder público/político en las instituciones, responde a la necesidad de complejizar la democracia desde el sujeto y su función por determinar los procesos socio-políticos en el campo democrático de la sociedad civil que se articula al desarrollo del sistema mundo capitalista. A su vez, la importancia de analizar la lucha por establecer un régimen democrático dentro de un gobierno liberal/democrático, se constituye en una tarea que demanda la praxis de los actores en su respectivo

¹ Lucia Picarella es doctora en Teoría e Historia de las Instituciones Políticas y Jurídicas en la Università degli Studi di Salerno.



contexto y la emergencia por garantizar tanto en lo participativo y deliberativo que significa el sistema democrático liberal contemporáneo.

La disputa por el poder político dentro de la democracia, simboliza un conflicto de intereses por parte de los grupos hegemónicos, las élites y la clase tradicional que configuran el sistema político en una respectiva nación. La democratización de las instituciones, la participación y lo público son retos que demanda la ciudadanía encargada de buscar espacios para afianzar los proyectos de naturaleza individual y colectiva en una determinada sociedad civil en búsqueda de la consolidación de lo público.

Precisamente, la obra que nos presenta la profesora Lucía Picarella, está articulada de la siguiente forma: el primer capítulo denominado "*el siglo XXI y el nuevo rostro de la democracia*" consiste en una descripción analítica sobre los perfiles institucionales que se existen en las teorías de la democracia, aquí aborda enfoques como la participación, la representativa y la deliberación en el marco del paradigma del liberalismo moderno.

El segundo capítulo llamado "*democracia y constituciones liberales*", responde a la capacidad de análisis sobre la libertad, la igualdad y solidaridad, es decir, los principios democráticos que son denominados como el "destello participativo", el cual tiene la esencia de problematizar las formas de participación y deliberación desde el sujeto en su respectivo contexto político e institucional dentro del Estado moderno.

El tercer capítulo, llamado "*nuevas formas de participación entre teoría y experimentación práctica*". Responde a una discusión de largo alcance sobre las posibilidades de participación más allá del marco normativo/institucional. La importancia de analizar las experimentaciones y prácticas desde el laboratorio latinoamericano y europeo son procesos enfocados a constituir un conocimiento sobre la democracia liberal moderna a partir de la experiencia de un gobierno situado en cualquiera de estas regiones.

Así pues, Lucía Picarella nos ofrece una investigación donde la democracia es vista desde la corriente del liberalismo, aquí la dinamización de asumir un sentido crítico responde a complejizar las

teorías de un Estado democrático desde las corrientes históricas que han teorizado sobre esta forma de gobierno a partir de las realidades y problemas en un determinado gobierno basado en los intereses del sistema político de un país.

La discusión del Estado moderno, la sociedad civil y la ciudadanía como espacios sociales encargados de fortalecer un ambiente democrático e incluyente de participación que requiere el gobierno en su ejercicio del poder político, refleja un aspecto de transición hacia un modelo modernizado capaz de complejizar el *modo operandi* de un Estado democratizador de los valores que se constituye en una sociedad politizada en función de la institucionalidad.

La matriz jurídico –política que constituye el Estado moderno y la sociedad civil participativa, tiene que ver con un sistema político encargado de superar los supuestos /demandas que exige la democracia contemporánea (seguridad, equidad, justicia, paz y desarrollo en todo los niveles comunitarios). Parte de esta situación, se encuentra vinculada a la construcción de un gobierno construido sobre la base de principios como: igualdad, libertad y solidaridad, lo que implica un camino orientado al fortalecimiento del sistema político democrático.

De esta manera, las teorías de las democracias que expone Lucía se constituyen como un canal aclarativo en materia de distinguir el tipo de gobierno que se construye en un determinado territorio, espacio y nación en un momento preciso de la historia, lo que significa, comprender postulados como la libertad política, la igualdad social y la representatividad del ejercicio político de la ciudadanía contemporánea en Europa y América Latina.

El reconocimiento de la democracia directa responde a una previsión en donde el modelo participativo, se funda bajo los complementos de los mecanismos de un modo de representatividad, es decir, el sistema político contemporáneo intenta dar solución real a las problemáticas que emergen de las sociedades complejas y conflictivas. Asimismo, aparece el imaginario de un gobierno que debe ejercer presión o equilibrio para lograr procesos decisionales e intervenciones sobre los problemas

estructurales de una nación con el fin de lograr posibles alternativas.

La noción epistémica de problematizar la democracia a partir de visiones construidas por autores como Dahl, Schumpeter, Mouffe, O'Donnell, Schmitt, Sartorio y Bobbio entre otros, hace parte de la dinámica de asumir esta forma de gobierno como un fenómeno social de larga distinción y propio de una trayectoria historicista. Siendo una razón que permite reconocer las diferenciaciones sociales, culturales, políticas y económicas que existen en cada sistema político en particular desde una perspectiva comparativa.

Sin dejar a un lado, el modelo deliberativo y participativo que se genera desde un paradigma concreto de concebir la democracia como un campo científico de estudio para la ciencia política y las corrientes derivadas de la misma. La necesidad de ir más allá del plano normativo que fue elaborada en gran parte por la corriente kelseniana, se constituye como un reto que permita comprender aspectos de la cultura política, la libertad civil, la participación democrática y la deliberación individual/colectiva de los grupos que ejercen un determinado peso y contrapesos sobre el proyecto democrático del Estado moderno capitalista.

La visión comparativa que nos ofrece Lucia entre Europa y América Latina como espacios/regiones para comprender las particularidades y semejanzas de las democracias en dichos continentes, simboliza una oportunidad por reconocer el tipo de legitimidad de las democracias que existe en una sociedad neoliberal dentro del sistema mundo capitalista. Parte de esta situación, también se encuentra articulada con los últimos procesos que han transformado la arquitectura político – institucional de un gobierno y en particular de una forma de pensar y establecer la democracia en el marco procedimental e institucional.

Por tal razón, la perspectiva enriquecedora del libro consiste en lograr reconocer las diferencias de los modelos democráticos en Europa y América Latina, tanto en el tipo de escuela, pensamiento y autores encargados de dotar científicamente la democracia como un tema de gran importancia en el campo de investigación dentro de la ciencia política,

dado que es importante reconocer los principios del liberalismo clásico sus interrogantes, necesidades y crisis generadas bajo procesos históricos de larga duración.

Un aspecto central desarrollado en esta investigación, es la discusión entre la democracia en su concepción clásica/liberal y la democracia sustantiva/real, aquí se desprende una serie de debates desde los enfoque de investigación (diatribas epistémicas), enfocadas a complejizar el estudio de las democracias en el marco de la participación y deliberación como factores que distinguen el modelo instituyente (no-institucional) de coexistir dentro de un régimen de naturaleza incluyente y democratizador que demanda las sociedades globalizadas.

La riqueza de esta obra escrita por Lucia, tiene que ver con su perspectiva analítica de lograr generar un estudio comparativo que no pierda la esencia de la democracia desde su propio contexto, es decir, desarrollar la capacidad de reconocer las diferenciaciones que existen en las respectivos regiones, de acuerdo a las particularidades de las naciones, y como estas se encuentran articuladas con el desarrollo científico de un pensamiento en particular encargado de asumir el carácter analítico de la democracia como un campo de investigación entre lo clásico o sustantivo del régimen político democrático moderno.

Un tema de gran relevancia que se desprende de esta investigación, realizada desde el seno de la experiencia de la teoría política italiana debido a la procedencia de la autora (escuela de ciencia política), es el giro analítico que nos ofrece de lograr desprenderse de los velos colonialistas hegemónicos en el estudio de la democracia, ya que da el paso por reconocer las experiencias y momentos no "institucionalizados" que ha ocurrido en Nuestra América, en donde los movimientos sociales, pueblos indígenas, actores subalternos y grupos antisistémicos han podido desbordar los análisis estructuralistas sobre la democracia para dar un salto hacia "otros" esquemas crítico y descoloniales, los cuales tiene la esencia de lograr contextualizar los fenómenos, tal como ha sido realizado en el ejercicio de comparar el ámbito europeo y latinoamericano.

En definitiva, la obra *"Democracia: evolución de un paradigma"* se constituye como un referente construido desde las escuelas no hegemónicas, que opta por el camino de comprender desde el método comparativo las distinciones analíticas de la democracia en el marco de la sociedad "occidentalizada/colonizada", lo que se convierte en una propuesta de largo alcance que permitirá plantear rutas encargadas de dar

soluciones/alternativas a la crisis estructural de los actuales sistemas políticos democráticos sumergidos en sociedades profundamente desigualdad, dominadas y sometidas al colonialismo en distintas dimensiones y momentos socio-históricos del proyecto globalizador moderno – capitalista



La obra *"Democracia: evolución de un paradigma"* es el resultado de una investigación de largo alcance, que se constituye como un referente construido desde las escuelas no hegemónicas, que opta por el camino de comprender desde el método comparativo las distinciones analíticas de la democracia en el marco de la sociedad "occidentalizada/colonizada", lo que se convierte en una propuesta de largo alcance que permitirá plantear rutas encargadas de dar



Lucía Picarella

DEMOCRACIA: EVOLUCIÓN DE UN PARADIGMA

UNA COMPARACIÓN ENTRE EUROPA
Y AMÉRICA LATINA

Por
Lucía Picarella

La obra *"Democracia: evolución de un paradigma"* es el resultado de una investigación de largo alcance, que se constituye como un referente construido desde las escuelas no hegemónicas, que opta por el camino de comprender desde el método comparativo las distinciones analíticas de la democracia en el marco de la sociedad "occidentalizada/colonizada", lo que se convierte en una propuesta de largo alcance que permitirá plantear rutas encargadas de dar

Dep. legal: ppi 201502ZU4650

*Esta publicación científica en formato digital
es continuidad de la revista impresa*
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555
Depósito legal pp 199602ZU720



INTERLOCUCIONES

2 0 1 8